

## 和仏法律学校講義録

著者	兩角 ？六，加古 貞太郎，掛下 重次郎，小宮 三保松，前田 孝階
出版者	和佛法律學校
巻	1-3
ページ	1-43
発行年	1899-08-03
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10114/4644">http://hdl.handle.net/10114/4644</a>

# 和佛清律學綱

## 講義纂要

每月一回

目次

債權買賣 (自三三頁至四三頁) 法學士兩角彦六

債權總則 (自一二頁至二二頁) 法學士加古貞太郎

親族 (自二二頁至三二頁) 法學士掛下重次郎

法 (自二九頁至四九頁) 法學士小宮三保松

法 (自二一頁至三一頁) 法學士前田孝階



0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3

スルコトノ事實不能ナル以上ハ之カ履行ヲ催告スルモ何等ノ効力ナカル可キ  
カ故ナリ加之買主ニ於テ賣買ノ當時其權利カ賣主ニ屬セサルコトヲ知ラザリ  
シ場合ニ於テハ買主ハ獨リ契約ヲ解除スルコトヲ得ルノミナラス尙ホ損害賠  
償ヲモ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ賣主ノ之ヲ知ルト否トハ其賠償請求權ニ何  
等ノ影響ヲ及ホスモノニアラス蓋シ賣主ニ於テ他人ノ權利ヲ自己ノ權利ナリト  
信シ之ヲ賣渡タリトセハ賣主ハ少クモ不注意ノ責ヲ免ルハ能ハス若シ又他人  
ノ權利ナルコトヲ知リタハ之ヲ賣渡タリトセハ故意ニ出タル結果ハ自己ノ豫  
想スル所トシテ其責ニ任スヘキハ當然ナリ然レトモ之ニ反シテ賣買ノ當時買  
主ニ於テ其權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知レル場合ニ於テハ單ニ契約ヲ解除  
スルコトヲ得ルニ止マリ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ス何トナレハ買主ニ於テ  
其事實ヲ知レル以上ハ賣主ニ於テ時ニ或ハ其權利ヲ移轉スルコト能ハサル場  
合アル可キハ買主ノ豫メ期セサル可カラサル所ニシテ爲ニ損害ヲ生スルコト  
アルモ是レ亦買主ノ豫メ期セサルヲ得サル所ナレハナリ故ニ此場合ニハ買主  
ニ賠償請求權ヲ與ヘサルナリ今此理ヲ推ス時ハ當時者双方ニ於テ第三者ニ屬

スル權利ナルコトヲ知リ、之ヲ賣買シタル場合ニ於テモ買主ハ單ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ルニ止マリ損害賠償ハ之ヲ請求スルコトヲ得タルモノト云ハサル可カラズ是當錄ノ論結ナリ

第五百六十二條ハ他人ノ物ナルコトヲ知ラズシテ賣渡タル賣主即チ善意ノ賣主ヲ保護スル所ノ一ノ特典ナリ善意ノ賣主ハ他人ノ權利ヲ以テ自己ノ權利ナリト輕信シタル過失アルカ故ニ買主ニ對シテ損害賠償ヲ責ラ免ルコトヲ得スト雖モ目的物ニシテ他人ニ屬スル以上ハ到底賣主ヨリ買主ニ其權利ヲ移轉スルコト能ハサル場合アル可キカ故ニ法律ハ此場合ニハ賣主ニモ解除權ヲ與ヘ若シ既ニ其物ヲ引渡タル後ナルニ於テハ之ヲ取戻シテ賣主ヨリ第三者即チ眞ノ所有者ニ對スル責任ヲ果サシメ且ツ當事者間ノ契約關係ヲシテ速カニ終了セシメントセリ是レ一ニ善意ナル賣主ヲ保護セントスル法ノ精神ヨリ出タルモノナリ但シ舊法典ニ於テハ以上述タル所ト大ニ其規定ヲ異ニスルモノアリ舊民法財産取得編第六〇條第六一條參照

(二) 賣買ノ目的タル不動産ノ上ニ存シタル先取特權又ハ抵當權ノ行使ニ因リ買

主カ其所有權ヲ失ヒタル場合第五六七條

此場合ニ於テハ買主ハ契約ヲ解除シ且ツ損害アル時ハ之レカ賠償ヲ求ムルコトヲ得可シ其目的物ノ上ニ先取特權又ハ抵當權ノ存スルコトヲ買主ニ於テ知リタルト否ト又賣主ニ於テ之ヲ知リタルト否トハ毫モ問フ所ニアラス蓋シ先取特權ト云ヒ抵當權ト云ヒ是レ替債權ニ附從スル擔保權ニ外ナラスシテ債務者ニ於テ一朝債務ヲ辨済スル時ハ主タル債權ノ消滅スルト同時ニ消滅スヘキモノナルカ故ニ縱令買主ニ於テ賣買ノ當時是等物上擔保權ノ存スルコトヲ知リ、不動産ヲ買受ケタリトスルモ賣主ニ於テ後日其債務ヲ辨済シテ目的物上ノ負擔ヲ除キ果テ買主ニ及ホスコトナカル可シト思考スルハ順當ノ所信ナルカ故ニ買主ノ意思如何ハ問フ所ニ非ス而シテ賣主ハ常ニ不注意ノ責ヲ免レサル可キカ故ナリ然レトモ是唯先取特權又ハ抵當權ノ行使セラレタル結果買主カ其所有權ヲ失ヒタル場合ニ限リ單ニ是等物上擔保權ノ存スルノミヲ以テハ此等ノ權利ヲ與フルヲ要ナシ何トナレハ買主ハ之カ爲メ自的物ノ使用收益ヲ妨ケラルハモノニ非サレハナリ



買主カ先取特權抵當權ノ行使ニ依リテ追奪ヲ受クルモノハ買主ニ於テ其擔保權ノ付随スル債務ニ付キ辨濟ノ責ヲ負フカ故ニアラス偶買受タル物ノ上ニ物上擔保權ノ付着セル結果ニ外ナラスト雖モ買主ニ於テ其追奪ノ結果ヲ免レシト欲セハ賣主ノ爲ニ其債務ヲ辨濟スルカ或ハ其擔保ヲ消除シテ目的物ヲ擔保スルコトヲ得可キ隨テ此場合ニハ敢テ契約ヲ解除スルノ必要ナシト雖モ買主ノ爲シタル辨濟又ハ消除ノ費用ハ賣主ニ對シテ請求スルコトヲ得サル可カラス尙ホ損害アルトキハ賣主ニシテ之ヲ賠償セシムルコトヲ得可キハ勿論ナリトス

論者或ハ第五百六十七條ニ於テ先取特權又ハ抵當權ノ存スル場合ノミヲ規定シ不動産質權ノ存スル場合ヲ不問ニ付セルヲ以テ是レ法律ノ欠點ナリト非難スルモノアレトモ不動産質ニ付テハ第三百六十一條ノ規定アリテ一般ニ抵當權ノ規定ヲ之ニ準用ス可キモノトセルカ故ニ更ニ不都合ヲ見ス同條ノ法文ヲ以テ抵當權ヲ規定シタル法章以外ニ及ホスコトヲ得スト云フカ如キハ徒ラニ字句ニ拘泥シタル僻論ノミ苟モ二者其性質ニ於テ相反セサル以上ハ其條文ノ

何レニ散在セルヲ問ハス之ヲ準用シテ毫モ不可ナルコトナシトモ土地ノ所有權尙ホ一言ス可キハ第五百六十七條ニ於テハ所有權ヲ失ヒタル場合ノミヲ規定シタルモ先取特權抵當權ノ目的ハ獨リ所有權ノミニ限ラス地上權永小作權モ亦其目的タルコトヲ得然ラハ先取特權抵當權ノ目的タル地上權永小作權ヲ買受ケタル時ハ亦此ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ルヤ民法上ノ解釋ハ類推的ノ論理ヲ拒ムモノニ在ラサルカ故ニ地上權永小作權ノ場合ニ於テモ亦此ノ規定ヲ適用シ得可キコト論ナシ

其二一部追奪ヲ受ケタル場合

此場合モ亦タニアリ

(一)賣買ノ目的タル權利ノ一部カ他人ニ屬スルカ爲ニ買主ヨリ買主ニ其一部ヲ移轉スルコトヲ得サリシ場合第五六三條ノ規定ニ依リテ買主ハ其權利ノ一部ヲ假令ハ賣買ノ目的物カ賣主ト第三者トノ共有ナルニモ拘ハラズ賣主一人ニ於テ其全部ノ所有權ヲ賣渡タルカ爲メ其權利ノ幾分ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルカ如シ此場合ニ於テハ買主ニ於テ其一部ノ權利カ第三者ニ屬スルコト

ヲ知リタルト否トヲ問ハス買主ハ其不足部分ノ割合ニ應ジテ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス故ニ其結果ニ於テハ恰モ賣買ノ一部分ニ付解除權ヲ行使スルモノト云フヘシ然レトモ若シ買主ニ於テ(第一)善意ニシ而カモ(第二)殘存スル部分ノミニテハ初ヨリ買受ケサル可カリシトキハ買主ハ契約全部ヲ解除スルコトヲ得可シ但シ其初ヨリ果シテ買受ケサル可カリシヤ否ヤハ買主ニ於テ之ヲ立證セサル可カラス其立證ハ實際往々困難ヲ感スルコトアル可キカ故ニ時トシテハ寧ロ代金ノ減額ト共ニ損害ノ賠償ヲ求ムルノ却テ得策ナルコトアルヲ知ル可シ之ヲ要スルニ此一部追索ノ場合ニ於テハ善意ノ買主ハ減額ハ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得可ク或ハ契約ノ全部解除ヲ求ムルコトヲ得可ク而シテ何レヲ請求スルモ併セテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得可シ反之惡意ノ買主ハ如何ナル場合ニ於テモ單ニ代金ノ減額ヲ求ムルコトヲ得ルニ過キス蓋シ權利ノ一部カ他人ニ屬スルコトヲ知リツ、之ヲ買受ケタル以上ハ之カ追索ヲ受クルコトアルハ買主ノ豫期スル所ナレハ殘存スル部分ノミニテハ買受ケサル可カリシナラント推定セラル可キ餘地ナク又豫期スル以上ハ損害ヲ

受クルコトナカル可キカ故ナリ  
善意ノ買主ノ有スル代金減額ノ請求權契約解除權并ニ之ニ伴フ損害要償權ハ凡テ買主ニ於テ其實ヲ知リタル時ヨリ一ケ年内ニ於テ之ヲ行使セサル可カラズ然ラサレハ失權ノ制裁ヲ受ク惡意ノ買主カ代金減額ノ請求權モ亦契約ノ時ヨリ一ケ年内ニ之ヲ行使セサル可カラズ(第五六四條是レ一部分ノミニテハ買受ケテ爲テ、リシコトノ事實ト云ヒ減額ス可キ代金ノ割合ト云ヒ長日月ノ後ニ立證スルノ困難ヲ避ケ當事者間ノ契約關係ヲ確的ナラシメンカ爲メノミ若シ此特別規定ナカリセハ時効ノ通則ヲ適用セラル可キカ故ニ當事者間ノ權義ハ永ク不確定ナルノ不都合ヲ見ル可シ  
然レトモ此規定ヲ以テ一種ノ時効ト見ル可キヤ又ハ時効以外特別ノ權利消滅方法ト見ルヘキヤ一種ノ時効ナリトセハ中断又ハ停止ヲ爲スコトヲ得可ク特別ノ消滅ナリトセハ此般時効ノ法則ノ適用ヲ受ケサル可シ予ハ此規定ヲ時効ト見ルノ非ナルヲ信ス何トナレハ法典ノ規定ヲ彼此對照スルニ法律ニ於テ時効ト認メタルモノハ皆其法文ニ於テ特ニ時効ナル語ヲ明言セラルコトヲ發見ス

可シ假令ハ第四百二十六條第七百二十四條ノ如シ反之時効以外ノ消滅方法ト認ムルモノニ付テハ付テ時効ナル語ヲ挿入セス第六百條第六百三十七條及本條ノ如キ皆然リ若シ法律カ同一性質ノモノナリト見做シタリトセハ故ラニ彼此其用語ヲ異ニス可キ理ナシ是成文上ノ理由タリ加之第二法律カ問題ノ如キ各種ノ請求權ニ付キ其行使期間ヲ制限セルモノハ全ク當事者双方ノ便益ヲ圖リタルモノニシテ普通ノ時効ノ如ク公益上ノ觀念ニ基因スルモノニアラス彼ト是トハ其之ヲ規定スル理由ニ於テ全ク相異ナレハナリ若シ普通ノ時効ノ如ク或ハ期間ノ經過ヲ中斷シ或ハ之ヲ停止スルニ於テハ法律ノ目的トスル契約關係ヲ速ニ終了シ證據煙滅ヲ防止スル趣旨ト相容レサルニ至ラム故ニ本條ノ規定ハ特別ノ時効ト看做ス可キモノニアラスシテ寧ロ權利ノ行使ニ伴フ特別ノ制限又ハ要件ト見ルヲ相當ナリトス但シ以上ノ所論ニ對シテハ反對ノ學說ナキニアラス法律ハ右ノ一部追奪ノ場合ト同一ノ規定ヲ準用ス可キモノトシテ尙ホ二個ノ場合ヲ規定セリ第五六五條即チ(一)ハ數量ヲ指示シテ賣渡シタルニ其數量ニ不足アリタル場合假令ハ百石ノ米トシテ賣渡シタルニ實際八十石

ニ過キナリシ場合ニシテ(二)ハ契約ノ當時目的物ノ一部既ニ滅失シタル場合ナリトス然レトモ數量ノ不足セルハ恰モ目的物ニ瑕疵アルモノニシテ目的物ノ一部カ初メヨリ存在セサルハ後ニ一部追奪アリタルト異ナルコト論ヲ俟タスト雖モ買主ノ之カ爲ニ蒙ル損害并ニ之ヲ救済スヘキ方法ニ於テ一部追奪ノ場合ト更ニ區別スヘキ理由ナキカ故ニ法律ハ其規定ヲ準用ス可キモノトシタルナリ故ニ假令ハ百石ノ米トシテ買受ケタルニ其實八十石ナリシ場合又ハ三棟ノ家屋ヲ同時ニ買受ケタルニ其一棟ハ既ニ焼失シタルモノナル場合ニ於テハ善意ノ買主ハ或ハ減額ヲ請求シ或ハ契約全部ノ解除ヲ求メ併テ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得又惡意ノ買主ハ單ニ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マル可キナリ是等ノ點ニ付キ舊法典ニハ種々細密ナル規定アリト雖モ要スルニ當事者ノ意思ヲ推定シタルモノニ外ナラス而カモ當事者ノ意思推定モ細密ニ過クル時ハ却テ事實ニ反スルコトアリ故ニ新法ハ敢テ其趣ニ倣ハス但シ新法モ敢テ反對ノ特約ヲ拒絕スルモノニ非ルカ故ニ實際ノ應用トシテ是等舊法典ノ規定ヲ参照スルハ頗ル裨益スル所アル可キヲ疑ハス

(二) 買賣ノ目的物カ地上權永小作權地役權留置權又ハ質權ノ目的タル場合及ヒ  
 目的物ノ利益ノ爲ニ存ス可キ地役權カ存セザリシ場合第五六六條  
 即チ買賣ノ目的物ニ地上權其他ノ物權ノ付着セルカ爲メ又ハ所有權ノ外地役  
 權ノ便益アリト稱セシニ其之ナキ爲メニ買主ハ完全ニ其權利ヲ行使スルコト  
 能ハス或ハ時トシテハ其所有權ヲ失フコト之ナキヲ期セサルカ故ニ其結果  
 恰モ買主ハ買受ケタル權利ノ一部追奪ヲ受ケタルモノト見ルコトヲ得可シ故  
 ニ此場合ニ於テハ買主ニシテ善意ナル以上ハ其損害ニ對シテ賠償ヲ求ムルコ  
 トヲ得ルノミナラス之カ爲メ契約ヲ爲セタル目的ヲ達スルコト能ハサル時ハ  
 其契約ヲ解除スルコトヲ得可シ之ニ反シテ惡意ノ買主ハ何等ノ請求權ヲモ有  
 スルコトナシ何トナレハ善意ノ買主ハ負擔ナク又ハ便益アル目的物ナリトシ  
 之ニ相當セル代金ヲ支拂ヒタル者ナレハ豫想ニ反シテ損害ヲ蒙ルコトアル  
 可シト雖モ買主ニシテ善意ナリシ時ハ其代價ノ如キモノ目的物ニ負擔アリ又ハ  
 便益ナキニ應シテ相當ノ廉價ヲ以テ買受ケタルモノト看做サレ得サレハ  
 ナリ然レトモ目的物ニ質權ノ付着セル場合ニ於テ惡意ノ買主ナリトテ何等ノ

救済ヲ與ヘサルハ果シテ至當ナル可キカ債務者ニ於テ其債務ヲ辨済セサル時  
 ハ質權者ハ其質物ヲ競賣シテ辨済ヲ受ク可キカ故ニ買主ハ其買受ケタル物ヲ  
 失フコトアル可シト雖モ債務者ニ於テ辨済ヲ爲スナランコトヲ豫期シテ買受  
 ケタルハ決シテ不當ノ所信ニ非ス然ルニ尙何等ノ救済方法ヲ與ヘサル何ソヤ既  
 ニ目的物ニ抵當權先取特權ノ付着セルカ爲メ買主カ其目的物ヲ失ヒタル場合  
 ニ於テハ法律ハ其買主ノ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス賣買ノ解除權ヲ與フ  
 ルニ非スヤ抵當權ニ關スル規定ハ不動産質ニ準用スルコトヲ得可シトスルモ  
 不動産質ノ場合ニ應用スルコトヲ得ス到底法律ノ欠點タルヲ免レサルナリ  
 尙ホ右ニ述タル契約解除權損害要償權ハ買主カ事實ヲ知リタル時ヨリ一ヶ年  
 内ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス(第五六六條第三項)  
 以上ハ任意賣買ノ場合ニ於テ買主ノ負擔ス可キ追奪擔保ノ責任ナリトス然レ  
 トモ此法則ハ強制賣買ノ場合ニ其儘之ヲ應用シ得可キニ非ス  
 抑強制賣買ナルモノハ債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ債權者ヨリ其  
 辨済ヲ受ケンカ爲メ國家ノ執行機關タル執達吏ニ依頼シテ債務者ノ財産ヲ公

賣セシムルニ在リテ要スルニ債務者ニ於テ任意ニ其債務ヲ履行セサル結果強制的ニ債務者ニ代テ辨濟ノ方法ヲ行フモノニ外ナラサルカ故ニ強制競賣ニ於ケル賣主ハ亦其實體ニ於テ債務者其人ナリト云ハサル可ラス只任意賣買ノ場合ト異リ債務者ノ意思如何ヲ問ハス又債務者ノ直接ニ之ニ干與セサルノ差アルノミ然レトモ既ニ強制競賣モ亦一ノ賣買ニシテ而シテ其賣主タル可キモノ亦債務者其人ナルニ於テハ債務者ハ須ラク任意賣買ニ於ケル賣主ノ如ク競落人(即チ買主)ニ對シテ追索擔保ノ責ニ任セサル可カラス假令ハ競落人ニ於テ競落ニ依リ取得セタル權利ノ全部又ハ一部ヲ追索セラレ或ハ競落ノ當時既ニ目的物ノ一部滅失セルカ若クハ數量ノ不足セル場合等ニ於テハ競落人ハ債務者ニ對シテ或ハ契約全部ノ解除ヲ求メ或ハ一部ノ解除ト看做サル可キ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ任意賣買ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ然ルニ強制競賣ノ場合ニ於テハ競落人ハ債務者ニ對シテ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ス唯例外トシテ債務者ニ於テ物又ハ權利ノ欠缺ヲ知レルニモ拘ラス之カ申出ヲ爲サ、リシ場合ニ限り損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス(第五六八條是

第一 特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權 此場合ニ於テハ債務者ハ其引渡ヲ爲スマテ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ其物ノ滅失又ハ毀損セサル爲ニ之ヲ保存スルノ義務ヲ負擔ス第四〇〇條

善良ナル管理人ノ注意トハ普通人一般ニ爲ス所ノ注意ニシテ其境遇ニ在レハ通常ノ人ハ何人ト雖モ加フヘキ注意ナリ相當ノ注意ト云フモ同一ノ意義ニ歸スヘシ故ニ平生極メテ輕卒ニシテ不注意ナル債務者ト雖モ若シ此程度ノ注意ヲ加フルコトヲ怠リ引渡スヘキ物ヲ滅失又ハ毀損セシメタルトキハ債務者ハ其責ニ任セサルヘカラス

舊民法財産編第三百三十四條第二項ニ無償ニテ讓渡シタル物ノ保存ニ付テハ諸約者ハ自己ノ物ニ加フルト同一ノ注意ヲ加フルノミノ責ニ任スト規定シタルハ一見其理ナキニアラサルカ如シ即チ或ハ好意ヲ以テ無償ニテ物ヲ讓渡シタル場合ニ於テモ尙保存義務ハ有償ノ場合ト同一ニシテ善良ナル管理人ノ注意ヲ加フルノ責任アリトセハ債務者ニ對シテ酷ニシテ有償ノ場合ト權衡ヲ失スルモノナリトノ理由ニ出テシナルヘシト雖モ顯テ人事ノ實際ヲ洞察スルニ

法律ノ表面上無償ナリト雖モ實際有償ノ場合ニ比シ債務者ニ憐ムヘキ事情ナキコトアリ或ハ又相手方ノ恩恵ニ浴シ庇蔭ヲ蒙リシ者カ其厚情ニ對スル謝意ヲ表スル爲ニ物品ヲ贈ル場合ノ如キ急速ノ必要ニ迫マラレ高價ノ物品ヲ廉價ニ賣却セシカ如キ場合ニ比較シテ同一ノ保存義務ヲ負擔セシムルモ敢テ債務者ニ過酷ナリト云フヲ得タルヘシ故ニ近世ノ法律ハ漸ク有償無償ノ區別ヲ爲ササルノ傾向ヲ生スルニ至レリ是レ第四百條ニ於テモ舊民法ノ區別ヲ採用セシテ一般ニ同一程度ノ保存義務ヲ負擔セシメシ所以ナルヘレ

第二 不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權 債權カ不特定物ノ給付ヲ目的ト爲シタル場合ニ於テハ二箇ノ問題ヲ決定セサルヘカラス即チ債務者ハ如何ナル品質ノ物ヲ給付スヘキヤ是レ其一ニシテ不特定物ハ如何ナル時ヨリ特定物ト爲ルヤ是レ其二ナリ

一 債務者ノ給付スヘキ物ノ品質 債權ノ目的物ヲ指示スルニ種類ノミヲ以テシタル場合ニ於テ法律行爲ノ性質又ハ當事者ノ意思ニ因リ其品質ヲ定ムルコトヲ得レハ却テ困難ヲ生セサルヘシト雖モ若シ之ヲ定ムル能ハサルトキハ

如何債權者ハ上等ノ品質ノ物ヲ得ルコト其利益ナルヘク債務者ハ下等品ヲ給付シテ債務ヲ免ルハヲ得ハ亦其利益ナルヘシ是ニ於テ法律ハ豫メ一定ノ標準ヲ定メ第四百一條第一項ニ規定シテ曰ク「債務者ハ中等ノ品質ヲ有スル物ヲ給付スルコトヲ要ス」ト此規定ハ一見公平ナルカ如シト雖モ或ハ不必要ニアラサルカノ疑ナキニアラス何トナレハ債務者ハ初ヨリ自己ノ欲スル品質ヲ約定シ得ルニ拘ラス之ヲ一定セシテ單ニ種類ノミヲ指示セシナレハ縱令中等品ナラスシテ劣等ノ品質ヲ有スル物ニテモ通常一般ニ其種類ノ物品トシテ通用シ得ルモノナレハ之ヲ拒絕スル能ハサルヘケレハナリ

二 不特定物カ特定物ト爲ル時期 不特定物カ特定物ニ變スル時期ニ關シテハ學說區々ニシテ歸一セスト雖モ此問題ヲ決定スルハ極メテ重要ノコトナリ何トナレハ第一不特定物カ特定物ニ變スルトキ即チ其物カ確定スルト同時ニ物權ハ債權者ニ移轉スヘク(第二)危險移轉ノ問題ハ不特定物カ特定物ト爲リタル時ニ於テ始メテ生スヘク(第三)不特定物カ特定スルト同時ニ保存義務モ又發生スヘケレハナリ斯ノ如ク此問題ノ實際關係スル所頗ル大ナリ殊ニ今日ノ如



キ海陸運輸ノ便利ナル商業社會ニ於テ賣買取引ノ目的ト爲ル貨物ハ實際殆ト皆不特定物ニシテ又多ク離隔地者間ニ行ハル、ニ於テヤ第四百一條第二項ハ此問題ヲ決定シテ曰ク「債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ又ハ債權者ノ同意ヲ得テ其給付スヘキ物ヲ指定シタルトキハ爾後其物ヲ以テ債權ノ目的物トス」ト即チ債權者ト債務者ト一致シテ給付スヘキ物ヲ指定セハ此指定ニ因リテ不特定物ハ特定物ト爲ルヘタ其他ノ場合ニ於テハ債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタルトキ即チ債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒ凡テ自己ノ爲スヘキコトヲ爲シ終リタルトキ例ヘハ債權ノ目的物ヲ荷造リシテ運車又ハ派船ニ托シタル時ハ即チ不特定物カ特定物ト爲ル時期ナリ

### 第三款 金錢ノ給付

金錢モ亦不特定物ノ一種ニ過キサレハ金錢ノ給付ヲ目的トスル債權モ債權ノ目的物ヲ指示スルニ種類ノミヲ以テシタル場合ノ一ナリト雖モ金錢ハ所謂一國ノ通貨ニシテ特殊ノ性質ヲ有シ普通一般ノ不特定物給付ノ原則ヲ以テ支配スヘカラサルモノアルヲ以テ各國ノ立法例皆金錢給付ニ關シ特別ノ規定ヲ設

テ而シテ若シ一國ノ通貨ニシテ單ニ一種類ニ過キサルトキハ金錢支拂ニ際シ何等ノ疑問ヲ生セスト雖モ今日ノ實際ニ於テ各國皆數種ノ通貨ヲ有セサルハナシ隨テ金錢支拂ノ債務ヲ負擔スル者ハ先テ如何ナル種類ノ通貨ヲ給付スヘキモノナルヤノ問題ヲ生ス

第一 如何ナル種類ノ通貨ヲ給付スヘキヤ 第四百二條第一項本文ニ依レハ「債務者ハ其選擇ニ從ヒ各種ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ト抑モ一國ニ流通スル通貨ハ各皆一定ノ法定價格ヲ有スルヲ以テ債務者ハ其負擔スル債務額ニ相當セハ如何ナル種類ノ通貨ト雖モ之ヲ給付シテ債務ヲ免ル、コトヲ得ヘシ尤モ補助貨幣ニ付テハ其支拂額ニ付一定ノ制限アルコトヲ注意セサルヘカラス即チ其制限外ニ於テハ法律上ノ辨濟方法タル効力ヲ有セサルナリ」金錢ノ給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ自己ノ選擇スル通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルハ前述ノ如シト雖モ特ニ或種類ノ通貨ノ給付ヲ債權ノ目的ト爲シタル場合ニ其特約ノ効力如何舊民法ハ財產編第四百六十三條第三項ニ於テ此特約ヲ無効ト爲セシト雖モ是レ諸國ノ法制ニ於テ其

例ヲ見サル所新ノ規定ニシテ其理由ヲ發見スルニ苦シマサルヲ得ヌ草案ノ起草者ハ此規定ヲ以テ貨幣制度上復本位ヨリ生スル弊害ヲ救済スルニ足ルヘキ完全ノ良法ナリト自贊スト雖モ斯ノ如キ一條ノ法規ヲ以テ能ク復本位制ヲ完全ニ維持スルノ難キハ言ヲ俟タス加之今日ニ至リテハ我國モ金貨單本位制ヲ採用スルニ至リタレハ斯ル杞憂ノ規定ヲ存スルノ必要ナク而シテ是等ノ特約ヲ爲ス場合ハ當事者ハ必ス特別ノ必要アリテ爲スモノナレハ之ヲ制限スルハ契約自由ノ原則ニ反スルモノト云ハサルヲ得ヌ是レ第四百二條第一項カ舊民法ノ主義ヲ採用セス其但書ニ於テ特約ノ自由ヲ認メタル所以ナリ

特種ノ通貨ヲ以テ辨濟スル約束ヲ有効ト爲セシ以上ハ其特約セシ通貨カ辨濟期ニ於テ強制通用ノ効力ヲ失ヒタルトキハ如何ニスヘキヤ若シ法文ニ何等ノ規定ナクシテ純然タル理論ニ依リテ決定セサルヘカラス例ヘハ天保錢ニテ金拾圓支拂ノ債務ヲ負擔セントスレハ此場合ニハ天保錢ナル特種ノ通貨其物ニ着眼シテ其給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シタルモノナレハ債務者ハ其強制通用ノ効力ヲ失ヒタル後ト雖モ尙天保錢カ通用力ヲ有セシ時ノ價格ニ見積リテ即

チ一千貳百五十枚ヲ支拂ヒ其債務ヲ免カルヘヲ得ヘタ若シ又其當時天保錢全ク世上ニ存在セザリシナラハ履行不能ニ因リテ債務者ハ自ラ債務ヲ免ルヘシ然リト雖モ當事者結局ノ意思ヲ推測スレハ其特種ノ通貨ヲ單ニ一種ノ商品ト見做シ其給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シタルニアラスシテ天保錢カ通用力ヲ有スルノ故ヲ以テ其給付ヲ契約シ而シテ特別ノ必要アリテ特ニ他ノ種類ノ通貨ヨリ之ヲ選擇セシモ若シ其通貨ニシテ強制通用力ヲ失フニ至レハ何種ノ通貨ニテモ可ナリトノ意ナルヘシ是レ第四百二條第二項ノ明文ヲ設ケシ所以ナリ

外國ノ通貨ニ關スル疑問 外國通貨ニ關スル問題ニ二種類アルヘシ其一ハ外國ノ通貨ノ給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シタル場合ニシテ其二ハ外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定シタル場合はナリ

一、外國ノ通貨ノ給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シタル場合 抑通貨ハ各其國ノ法律ニ依リテ通貨タルノ性質ヲ具ヘ強制通用ノ効力ヲ有スルモノナレハ外國ノ通貨ハ我國ニ於テハ法律上一種ノ物品ニ過キスト雖モ外國ノ通貨ノ給付ヲ目的トスル債權ノ當事者ハ決シテ純粹ノ物品ト看做シテ契約セシニアラザ



ルヘシ故ニ第四百二條第三項ニ於テ前二項ノ規定ヲ準用スルコト、爲セリ即チ英貨十磅ヲ給付スヘキ債務ヲ負擔スル債務者ハ英國ノ通貨ナレハ何種ノ通貨ト雖モ之ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得又特種ノ外國通貨ヲ給付スルノ特約アレハ其特種ノ外國通貨ヲ以テ辨濟セサルヘカラス而シテ其特種ノ外國通貨カ本國ニ於テ強制通用ノ効力ヲ失ハタルトキハ其國ノ他ノ通貨ヲ以テ辨濟セサルヘカサルナリ蓋シ本項ノ規定ノ如キハ今後類々其實用ヲ見ルニ至ルヘシ

二 外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定シタル場合 此場合ハ外國ノ通貨ノ給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲セシニアラスセテ債權ノ額ヲ外國通貨ヲ以テ指定シタルニ止ル場合ナリ即チ單ニ外國通貨ノ名ヲ以テ債權ノ額ヲ算定シタルニ過キタル故ニ債務者ハ履行地ニ於ケル爲替相場ニ依リテ之ヲ日本通貨ニ換算シタル數額ヲ我通貨ニテ辨濟スルヲ得ヘシ而シテ債務者ハ其債權額ヲ指定シタル外國ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルハ言ヲ俟タサル所ナリ是レ第四百三條ニ於テ外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ履行地ニ於ケル爲替相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ト規定セシ所以ナリ

第二 利息 利息トハ廣義ニ解スレハ元本ノ收益ニ對スル對價報酬ノ義ナリ隨テ借地料借家賃損料等ヲモ包含スト雖モ之ヲ狹義ニ解スレハ利息トハ元金利用ノ報酬トシテ債務者カ一定ノ割合ニ依リテ債權者ニ支拂フヘキ金錢ナリト云フヲ得ヘシ而シテ金錢ハ其使用極メテ容易ナルモノニシテ又金錢ノ貸借ニハ利息附ノモノ尤モ多シ隨テ金錢給付ノ債權ノ目的ヲ論スルニハ併セテ利息ニ論及セサルヲ得サルナリ

利息ニハ法律上ノ利息ト契約上ノ利息トノ區別アリ契約上ノ利息ニ關シテハ明治十年第六十六號布告利息制限法第二條ニヨリ元金百圓以下ハ一年ニ付二割百圓以上千圓以下一割五分千圓以上一割二分ヲ超過スルヲ得ストノ制限ニ隨ハサルヘカラス然リト雖モ社會ノ實際ヲ洞察スレハ種々ノ方法ニ依リ制限以上ノ高利ヲ收ムルニ難カラスシテ斯ノ如キ制限法規ハ空文ニ過キサルノ憾アルノミナラス個人契約ノ自由ヲ妨クルモノニシテ又國家經濟上ヨリ立論スルモ此制限法規ノ如キハ早晚廢止セラルヘキモノナルヘシ

如何ナル金錢上ノ債權即チ金錢ノ給付ヲ目的トスル債權ハ利息ヲ生スヘキヤ

ハ極メテ重大ノ問題ナリト雖モ概括的ニ一般ノ原則ヲ述フル能ハス或ハ貸借ニ關シ或ハ債務不履行ノ制裁ニ關シ各特別ノ原則アリ唯古昔ハ利息排斥主義行ハレ容易ニ利息ヲ附セザリシト雖モ近世ノ法律ハ漸ク利息ヲ附スル傾向アリ然リト雖モ利息ハ金錢債務ニ當然件ヲモテニアラズシテ契約ニ因ルカ若クハ特ニ法律ノ規定アル場合ニ限ル例ヘハ第四百四十二條第二項第五百四十五條第二項第五百七十五條第六百四十七條第六百五十條第六百六十九條第七百四條等ノ如キ是ナリ而シテ法律ノ規定ニ依リテ利息ヲ拂フヘキ場合ハ勿論當事者カ利息ヲ拂フヘキコトヲ契約スルモ其割合ヲ定メザリシ場合ニ關シテ法律上利率ヲ一定スルノ必要アリ故ニ第四百四條ハ法定利率ヲ年五分トスト規定セリ

重利即チ利息ニ利息ヲ附スルコトヲ得ルヤ 中古歐洲ニ於テ利息排斥主義盛ニ行ハレ爲ニ重利ニ關スル各國ノ立法例モ皆嚴格ナル制限ヲ設ク舊民法モ財產編第三百九十四條ニ於テ一ヶ年分延滞セル毎ニ特別ニ合意シ又ハ裁判所ニ請求シ且其時ヨリ後ニ在ラサレハ之ニ利息ヲ生セシムル爲メ元本ニ組入ル、

コトヲ得スト規定セリ蓋シ債務者ヲ保護スルノ趣意ニ出テシモノナルヘシト雖モ貧弱者必シモ常ニ債務者ニアラスシテ債權關係ノ當事者中一方ヲ特ニ保護スルカ如キハ公平ヲ保持スヘキ法律ノ旨趣ニ反スルモノト云ハサルヲ得ス新民法ハ重利ノ契約ニ關スル當事者ノ自由ヲ妨ケスト雖モ若シ重利ニ關シ當事者間ニ何等ノ特約ナキトキハ如何ニスヘキヤ若シ債務者カ利息ノ支拂ヲ忘ルモ債權者ハ之ヲ元本ニ組入レ更ニ利息ヲ附スルコト能ハサルモノトセハ債權者ハ爲ニ損失ヲ蒙ルコト少カラサルヘシ第四百五條ハ規定シテ曰ク「利息カ一ヶ年分以上延滞シタル場合ニ於テ債權者ヨリ催告ヲ爲スモ債務者カ其利息ヲ拂ハサルトキハ債權者ハ之ヲ元本ニ組入ル、コトヲ得ト即チ利息カ一年分以上延滞シタルコト及ヒ其利息支拂ノ催告ヲ爲スコトノ二條件具備スレハ債權者ハ其利息ヲ元本ニ組入レ更ニ利息ヲ附スルコトヲ得ヘシ」

#### 第四款 選擇債務

舊民法ハ財產編第二章義務ノ効力ヲ細別シ其第四節ヲ義務ノ種類ノ體様ト題シ期限付義務條件付義務選擇義務任意義務多數當事者ノ義務及ヒ不可分義務

ニ關スル規定ヲ掲ケタリ即チ此等ノ各種ノ義務ハ債權債務ノ體様ヲ異ニスルモノニシテ是等ヲ一括シテ規定セシハ一理ナキニアラスト雖モ新民法ハ特ニ義務ノ體様ナル節ヲ設ケスシテ期限及ヒ條件ハ總則中ニ規定シ多數當事者ノ債權ハ債權ノ部ニ規定シ選擇債務ニ關スル規定ハ之ヲ債權ノ目的中ニ掲ケタリ

選擇債務ハ之ヲ任意義務ト混同スヘカラス任意義務トハ債務ノ目的ハ確定シ居ルニモ拘ラス債務者ノ任意ニテ之ニ代フルニ他ノ物ヲ以テスルコトヲ得ル場合ヲ謂フ例ヘハ債務者ハ麥ヲ與フルノ義務ヲ負擔スト雖モ若シ之ヲ與フルコトヲ不便トスルトキハ米ヲ與フルモ可ナリト云フカ如キ是ナリ舊民法ハ財產編第四百三十六條ニ於テ任意債務ニ關スル冗長ノ規定ヲ設ケタリト雖モ新民法ハ別ニ何等ノ規定ヲ設ケス其理由ヲ案スルニ所謂任意債務ナルモノハ代物辨濟ノ豫約ナリ即チ代物辨濟トハ債務ヲ履行スルニ當リ其債務ノ目的タル給付ヲ爲サスシテ債權者ノ同實ヲ得テ他ノ給付ヲ爲シ以テ債務ノ辨濟ヲ了ルモノナリ而シテ所謂任意債務ノ場合ニ於テハ債務者カ其負擔シタル給付ニ代

フルニ他ノ給付ヲ爲シ得ルコトヲ初ヨリ債權者カ承諾シ居ルモノナリ普通ノ代物辨濟ハ辨濟ノ時ニ至リ初メテ債權者カ債務者ノ負擔シタル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲スコトヲ承諾スルモノナリ二者只承諾ノ時ヲ異ニスルノミ是レ所謂任意債務ハ其性質代物辨濟ノ豫約ナリト云フ所以ナリ

第一 選擇債務ノ性質 選擇債務トハ數個ノ債務ニシテ其一ヲ履行ス可キモノト爲スニ依リテ同時ニ他ノ債務ノ消滅ヲ來スモノヲ云フ即チ選擇債務ハ相牽連スル數個ノ條件付債務ヨリ成ルモノナリ例ヘハ甲者カ乙者ニ對シ書籍一部ヲ與フルカ否ラサレハ時計一箇ヲ與ヘント約シタル場合ノ如シ書籍ヲ目的トスル一ノ債務ト時計ヲ目的トスル他ノ債務トヨリ成リ而シテ書籍ヲ目的トスル債務ハ若シ當事者ノ一方又ハ第三者カ時計ヲ目的トスル債務ノ履行ヲ爲ス可キモノトモサレハトノ條件ニ繫リ時計ヲ目的トスル債務ハ若シ當事者ノ一方又ハ第三者カ書籍ヲ目的トスル債務ノ履行ヲ爲ス可キモノトモサレハトノ條件ニ繫ルモノナリ

第二 選擇權ノ所屬 原則トシテ選擇權ハ債務者ニ屬スルコトハ各國ノ立法

例及ヒ學說ノ一致スル所ナリ第四〇六條或ハ此原則ノ理由ヲ説明シテ曰ク一般ニ人類ハ自由ニシテ又自由ナラサル可カラズ義務ヲ負擔スルハ自由ヲ制限スルモノナリ隨テ人類ノ天性ニ反ス故ニ法律ハ義務者ヲ保護セサル可カラズ是レ選擇權ノ債務者ニ屬スト爲ス所以ナリト其語レルコトハ敢テ辨解ヲ要セシテ明ナリ然ラハ此原則ノ適正ノ理由ハ果シテ如何蓋シ債權ノ目的ハ本來債務者ノ行爲ニシテ行爲ハ意思ニ基ケハナリ殊ニ況ンヤ債權者ハ自己ノ欲スル所ヲ要求シ得ルニ係ラス選擇ノ餘地ヲ存セタルハ其選擇ヲ債務者ニ一任シタルモノト推測セサル可カラサレハナリ

此原則ニ二例外アリ其一ハ選擇權債權者ニ屬スル場合ニシテ其二ハ第三者ニ屬スル場合はナリ其ニ當事者ノ契約ニ因ルモノニシテ其契約ノ有効ナルハ勿論ナリ

選擇權ノ所在ハ上述ノ如シト雖モ若シ選擇權ヲ有スル當事者又ハ第三者カ選擇ヲ爲サ、リシトキハ如何ニ爲スヘキヤ是レ大ニ攻究ス可キ問題ナリ先ツ第三者カ選擇ヲ爲サ、リシ場合ヲ論シ次ニ當事者カ選擇ヲ爲サ、リシ場合ヲ論

スヘシ

い 第三者カ選擇ヲ爲サ、リシ場合 或ハ第三者カ選擇ヲ爲スヲ欲セスシテ之ヲ爲サ、ルコトアラン然リト雖モ第三者ハ選擇ヲ爲スノ權利ヲ有スルノミニシテ之ヲ爲スノ義務ナシ從テ當事者ハ如何トモス可カラサルナリ或ハ選擇ヲ爲サスシテ死亡スルコトアラン此場合ニ於テハ當事者ハ其第三者ヲシテ選擇ヲ爲サシメシカ爲ニ選擇權ヲ與ヘタルモノナレハ特別ノ契約ナクシハ選擇權ハ相續人ニ移ラサルナリ勿論純理ヨリ論スレハ第三者カ選擇ヲ爲セシナラハト云フ條件ヲ附シタル債權ナレハ第三者カ選擇ヲ爲サ、レハ條件成就セタルナリ隨テ債權ハ全ク効力ヲ生セサルモノト爲サ、ルヲ得スト雖モ是レ多クハ當事者ノ意思ニ反シ不公平ノ結果ヲ生ス故ニ本來選擇權ハ債務者ニ屬スルコト原則ナレハ此場合ニハ選擇權ヲ債務者ニ屬スト規定セリ第四〇九條第二項

ろ 當事者カ選擇ヲ爲サ、リシ場合 此場合ニハ債權カ辨濟期ニ至リタル後ハ相手方ヨリ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スモ選擇權ヲ有スル當事者カ其期

間内ニ選擇ヲ爲サ、ルトキハ其選擇權ヲ拋棄セシモノト看做シ實際ノ便宜ヲ計リ其選擇權ヲ相手方ニ屬セシメ(第四〇八條)以テ救済ノ方法ヲ定メタリ第四百八條ノ規定ニ依レハ選擇權ハ一方ニ移リ又一方ニ移リ回轉數次窮極ナキモノ、如ク解釋シ得ラルヘシト雖モ立法者ノ真意ハ選擇權ノ移轉ハ唯一次ニ止ラセムルニ在リト解セサル可カラズ抑本條ノ目的ハ當事者ヲシテ迅速ニ何レノ債權ヲ履行ス可キモノト爲スカラ確定セシメ隨テ債權關係ノ解消ヲ速カナラシムルニ在リ然ルニ選擇權ノ移轉數次極リナシト解スレハ選擇權ヲ有スル當事者ヲシテ其當時ニ選擇ヲ爲サ、ルカ爲メニ選擇權ヲ相手方ニ移轉スト雖モ若シ相手方ニシテ選擇ヲ爲サ、リシトキハ再ヒ選擇ヲ爲ス機會アリ得可キコトヲ思慮セシメ當事者ヲシテ自カラ選擇ヲ爲スコトヲ怠ラシムルニ至リ救済ノ方法トシテ規定セシ本條ハ却テ反對ノ結果ヲ生スルノ源泉ト爲ルニ至ルヘシ是レ豈ニ立法ノ本旨ナランヤ況ンヤ當初選擇權ヲ有スル當事者ニシテ相手方ノ催告ニ應ジ選擇ヲ爲セハ履行スヘキ債權ハ直ニ確定セシニモ拘ラス自ラ求メテ不確定ノ狀態ニ陥リ不利益ノ地位ニ立ツニ至リシモノナリ焉ン再

ヒ選擇權ヲ與ヘテ之ヲ救済スルノ必要アラシヤ

第三 選擇權行使ノ方法 選擇ハ意思表示ニ依リテ之ヲ爲スヘキモノトス而シテ何人ニ對シテ爲ス可キヤニ付テハ區別スルヲ要ス當事者ノ一方カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テハ相手方ニ對シテ爲スヘキモノトセリ(第四〇七條第一項)是レ當然ノ事理ナリ而シテ當事者ノ一方カ選擇ノ意思表示ヲ爲シタル後ハ相手方ハ之ニ因リテ其請求スヘキ權利又ハ其履行スヘキ義務ヲ確定セルコトヲ信シ債權者ハ其選擇セラレタルモノヲ更ニ他ニ讓渡ス可キ約束ヲ爲スコトアルヘキ債務者ハ其選擇セラレシモノヲ供與スヘキ準備ヲ爲スナルヘシ隨テ選擇ヲ變更スルコトヲ得ルモノトセハ相手方ハ爲ニ損害ヲ被ムルニ至ルヘシ故ニ相手方ノ承諾アルニ非サレハ選擇ノ意思表示ヲ取消スコトヲ得スト規定セリ第四〇七條第二項

第三者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ選擇ノ意思表示ハ當事者双方ニ對シテ爲スコトヲ要セス債權者又ハ債務者ノ一方ニ對シテ爲セハ可ナリトセリ(第四〇九條第一項)

第四 目的ノ不能 選擇債務ノ目的タル數箇ノ給付中初ヨリ不能ナルモノ又ハ後ニ至リテ不能ト爲リタルモノアルトキハ債務ハ其殘存シタルモノニ付テ存在スルヲ原則ト爲スコト諸國立法例ノ認ムル所ニシテ第四百十條第一項ノ規定又然リ然レトモ選擇權ヲ有セサル當事者ノ過失ニ因リテ給付ノ不能ヲ來セタル場合ニ於テモ尙此原則ヲ適用スヘシト爲ストキハ選擇權ヲ有スル當事者ハ相手方ノ過失ニ因リ自己ノ選擇權ヲ害スルニ至ルヘキヲ以テ此場合ニ於テハ此原則ヲ適用セスシテ選擇債務ノ性質ヨリ生スル原則及ヒ不法行為ノ原則ヲ適用スヘキモノナリ是レ第四百十條第二項ノ規定ヲ以テ同條第一項ノ原則ヲ制限セシ所以ナリ而シテ給付ノ不能ヲ來ス原因ハ債權者又ハ債務者ノ過失ニ因ルコトアリ第三者ノ過失又ハ不可抗力ニ因ルコトアルヘク選擇權ハ當事者ノ一方ニ屬スルコトアリ又ハ第三者ニ屬スルコトアリ隨テ之ヨリ種々ノ場合ヲ生スヘシト雖モ一々各場合ヲ豫想列舉シテ説明スルハ極メテ煩雜ナルノミナラス殆ト無益ノ事業ナルヲ以テ之ヲ省畧シ左ニ是等各種ノ場合ニ於ケル決定ノ根據ト爲スヘキ三個ノ規則ヲ掲クヘシ

(一) 選擇ヲ行フニハ少クモ二個以上ノ目的アルヲ要ス

(二) 目的カ凡テ不能ナルカ又ハ不能ニ歸スルトキハ債務者ハ其負擔ヲ免ル

(三) 當事者ノ一方ノ過失ノ結果ヲ他ノ一方ニ負擔セシムルコト能ハス

第五 選擇ノ効力 選擇ノ溯及ノ効力アルコトハ第四百十一條ノ規定ニ依リ

明ナリ元來一ノ行為ハ將來ニ向テノ其効力ヲ生スヘキコト事物本然ノ性質ニシテ殊ニ第二百二十七條ニ於テ條件成就ノ効力ハ既往ニ溯ラサルヲ本則トシテ規定セシカ故ニ特別ノ明文ナキトキハ溯及ノ効力ヲ生セシムルヲ得ス然レトモ選擇債務ノ場合ニ於テハ選擇ノ効力ヲ既往ニ溯ラシムルニアラサレハ當事者ノ意思ニ反スルコト多ク且實際ノ不便少カラサルヘシ是レ第四百十一條ノ規定アル所以ナリ然リト雖モ爲ニ第三者ノ權利ヲ害セシム可カラズ故ニ但書ノ規定ヲ置ケリ

## 第二節 債權ノ効力

債權ノ効力ハ債務ヲ履行セシムルニ在リ債務者カ任意ニ履行スレハ債權者ハ其權利ヲ全クシ債權關係ハ茲ニ消滅スヘシ而シテ此場合ニ於テハ何等ノ問題



ヲモ發生セサルヘシト雖モ債務者カ任意ニ債務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ其強制履行又ハ其損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルヘカラス否ラサレハ債權ハ法律上何等ノ効力ナキコトナルヘシ即チ此二種ノ請求權ハ債權固有ノ効力ニシテ此効力ハ債權關係ノ當事者間ニ止ルモノナラ然リト雖モ債權ハ其履行ヲ強制スルコト能ハサルモノアリ又損害賠償ノ請求ハ實際有名無實ニ歸スルコトアリ斯ノ如ク債權ノ効力ハ其性質上物權ニ比シテ微弱ナルモノナリ故ニ他人ノ權利ヲ害セサル範圍内ニ於テ第三者ニ對スル債權者ノ權利ヲ認メ以テ債權ノ効力ヲ鞏固ナラシメサルヘカラス是レ一般ノ立法例ニ於テ債權ニ固有ナル當事者間ノ効力ノ外ニ第三者ニ對スル債權者ノ權利ヲ認ムル所以ナリ本節ヲ分テ三款ト爲シ第一款強制履行第二款損害賠償第三款第三者ニ對スル債權者ノ權利ト題シ順次説明ヲ試ミント欲ス

### 第一款 強制履行

我新舊民法共ニ債權者ノ有スル二種ノ請求權中履行ノ請求權ヲ以テ原則ト爲シ損害賠償ノ請求權ヲ以テ例外ト爲ス是レ實ニ債權ノ理論ニ適合スルモノニ

(三) 女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ入夫ハ其家ノ戸主ト爲ル但シ當事者カ婚姻ノ當時反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス(第七三六條)

入夫カ女戸主ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ戸主權ヲ入夫ニ讓ルハ吾邦古來ノ慣習タルト入夫婚姻ノ場合ニ於テ一家内ノ主權カ常ニ婦ニ存スルハ一家組織ノ變態ニ屬スルトノ理由ヲ以テ本法ハ入夫婚姻ノ場合ニ於テハ入夫カ其家ノ戸主タルヲ原則ト爲セリ是レ戸主權取得ノ特別ノ一原因ナリ然レトモ女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ女子ノ戸主タルコトハ必スシモ禁ズ可キモノニ非ラサレハ當事者間ニ在リテ女子ヲシテ戸主ヲ繼續セシムルコトノ意思ニ合フコトアル可キヲ以テ當事者カ其意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ女戸主ハ依然戸主ニシテ入夫ハ其家族タル可キナリ

(四) 戸主ノ親族ニシテ他家ニ在ル者ハ戸主ノ同意ヲ得テ其家族ト爲ルコトヲ得(第七三七條)

戸主ノ親族ニシテ甲家ヨリ乙家ニ轉籍スルコトハ從來ヨリ慣習トシテ行ハル、所ニシテ之ヲ認許スルトモ別ニ弊害アルヲ見サルカ故ニ之カ規定ヲ設ケタ

リ例之ハハ養子縁組若クハ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル者其配偶者死亡シタル後其子ヲ連レテ實家ニ復歸スルカ如キ場合はレナリ此場合ニ於テ戸主ハ新ニ之カ扶養ノ義務ヲ負フカ故ニ其同意ヲ得サル可カラス而シテ其者カ他家ノ家族タルトキハ其家ノ戸主ノ同意ヲ得サル可カラス又他家ノ家族ト爲ル可キ者カ未成年者ナルトキハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得サル可カラス此等ノ者カ未成年者ノ法定代理人ナルコトハ民法ノ總則ニ規定スルヲ以テ茲ニ其同意ヲ得ルコトヲ要ス可キ旨ヲ特記スルヲ要セサルモノ、如シト雖トモ父、母、後見人ハ財産ニ付テノミ法律上未成年者ヲ代表スルモノニシテ其他人事ノ如キニ付テハ當然代表ス可キ者ニ非サルヲ以テ特ニ其代表ノ規定ヲ設ケタルナリ

(五) 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ其配偶者又ハ養親ノ親族ニ非サル自己ノ親族ヲ婚姻又ハ養家ノ家族ト爲サント欲スルトキハ前條ノ規定ニ依ル外其配偶者又ハ養親ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(第七三八條一項)

入夫、婦養子等ノ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ自己ノ親族ニ

シテ配偶者又ハ養親ノ親族ニ非ラサル者例之曾テ實家ニ在リテ他ノ配偶者トノ間ニ舉ケタル子又ハ私生子ヲ連レ子トシテ婚家又ハ養家ニ連レ行クコトハ從來往々之アルヲ見ル所ニシテ是レ亦禁ス可キニアラサレトモ此場合ニ於テハ前ニ説キタル轉籍ノ場合ニ於ケル規定ノ外其配偶者又ハ養親ノ同意ヲ要スルハ勿論ナリ

(六) 婚家又ハ養家ヲ去リタル者カ其家ニ在ル自己ノ直系卑屬ヲ自家ノ家族ト爲サント欲スルトキ亦同シ(第七三八條第二項)

前ノ場合ハ自己ノ親族ヲ婚家又ハ養家ノ家族ト爲スニ在リ本項ノ規定ハ之ニ反シテ婚家又ハ養家ニ在ル卑屬ヲ實家ノ家族ト爲スニ在リ婚家又ハ養家ニ於テ生シタル子ハ父若クハ母カ離婚又ハ離縁ニ因リテ其家ヲ去リ又ハ更ニ婚姻若クハ縁組ニ因リテ他家ニ入ルコトアルモ當然父若クハ母ニ隨ヒテ其家ニ入ルモノニアラサルコトハ前ニ説キタルカ此規定ハ絕對ニ適用ス可キモノニアラス若シ婚家又ハ養家及ヒ實家ノ戸主配偶者又ハ養親ノ同意ヲ得ルニ於テハ父若クハ母ニ隨ヒテ其家ニ入ルヲ許サ、ル可カラス



實家復籍 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者ハ離婚又ハ離婚ノ場合ニ於テハ實家ニ復籍ス(第七三九條)  
 養子ニ説キタルカ如ク婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ離婚又ハ離婚シタルトキハ之ニ因リテ其配偶者養親及ヒ其血族ニ對スル親族關係ハ消滅スルモノナルカ故ニ其婚家又ハ養家ノ家族タル事由モ亦離婚又ハ離婚ニ因リテ消滅スルモノニシテ其場合ニ於テハ實家ニ復籍ス是レ吾邦古來ノ慣習ニ基キタル規定ナリ

茲ニ規定セル所ハ離婚及ヒ離婚ノ場合ノミナルカ婚姻及ヒ養子縁組カ無効ナル場合第七七八條第八五一條又ハ取消サレタル場合第七七九條第八五二條ニ於テモ離婚又ハ離婚ノ場合ト同シク實家ニ復籍スルモノトス特ニ之ニ關スル明文ヲ掲ケサレトモ無効ノ場合ニ於テハ最初ヨリ婚姻又ハ養子縁組ハ成立セサルモノニシテ取消ノ場合モ最初ヨリ無効ナリシモノト看做サ、ルカ故第一二〇條法文ヲ俟タスシテ明カナルヲ以テナリ  
 右ノ規定ニ依リテ實家ニ復籍セントスルモ實家カ廢絶シテ復籍ヲ爲スコト能

ハサルトキハ別ニ一家ヲ創立スルカ若クハ其實家ヲ再興スルノ外途アラサルナリ(第七四〇條)

再婚及ヒ再縁組 從來ノ慣習ニシテ婚姻又ハ養子縁組ニヨリテ他家ニ入りタル者カ更ニ婚姻又ハ養子縁組ニヨリテ他家ニ入ラントスルニハ一旦其實家ニ復歸シタル上ニ非サレハ許ルサレナリト雖モ新法典ハ是レ徒ラニ煩勞ヲ重スルモノトシ婚家養家及ヒ實家戸主ノ同意ヲ得ルニ於テハ婚家又ハ養家ヨリ直ニ他ノ婚家又ハ養家ニ入ルヲ得ルコト、爲セリ(第七四一條)

此場合ニ於テ婚家ヲ去リタル者ト婚家トノ親族關係ハ第七百二十九條第二項ノ規定ニ依リテ消滅ス可シト雖モ養子ニ付テハ之ト同シキ規定アラサルヲ以テ元ノ養家トノ親族關係ハ之カ爲メ消滅スルモノニアラサルナリ

再婚姻又ハ再縁組ハ婚家養家又ハ實家ノ戸主カ同意ヲ爲サ、ル場合ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得然レトモ此場合ニ於テ同意ヲ爲サ、ル戸主ノ爲メ再婚姻又ハ再縁組ヲ爲サント欲スル者ニ對シテ制裁ヲ與ヘサル可カラス是ヲ以テ同意ヲ爲サ、ル戸主ハ婚姻又ハ養子縁組ノ日ヨリ一ケ年内ニ自己ノ家ニ復籍ヲ拒ム

コトヲ得ルト爲シタリ

二六

離婚及ヒ復籍ヲ拒絶セラレタル家族 法律ハ離婚ニ付キニケル場合ヲ規定セ  
ル其ハハ家族カ戸主ノ同意ヲ得シテ居所ヲ定メタル場合第七四九條第三項  
他ノハハ家族カ戸主ノ同意ヲ得シテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタル場合(第七  
五〇條第二項)是レナリ又復籍拒絶ニ付キタルハ養子縁組ヲ爲シタル場合(第七  
五〇條第二項)ヲ規定セリ此等ノ場合ニ於テ離婚セラレタル家族及ヒ實家ニ  
入ル可キ者ニシテ復籍ヲ拒絶セラレタル家族ハ入ル可キ家アラサルニ付キ一  
家ヲ創立スルヨリ外アラサルナリ第七四二條  
他家相續分家及ヒ廢絶家再興 家族ハ戸主ノ同意アルトキハ他家ヲ相續シ分  
家ヲ爲シ又ハ廢絶シタル本家分家同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトヲ得第七  
四三號

此規定モ吾邦ノ慣習上認ムル所ナリ今ヤ右規定ノ各場合ニ付キ一言セン  
(一) 他家ノ相續 第九百七十九條ノ規定ニ從ヒ家督相續人トシテ指定セラレ

タルトキ又ハ第九百八十五條ノ規定ニ從ヒ家督相續人トシテ選定セラレタル  
トキニ於テハ家族カ他家ノ相續人ト爲ルコトアリ

(二) 分家 從來戸主ノ籍ニ從屬セシ者其羈絆ヲ脱シ自ラ獨立シテ一家ヲ創立  
スルハ分家ナリ法定ノ推定家督相續人ハ分家ヲ爲スコトヲ得第七四四條然  
レトモ其他ノ場合ニ於テハ分家ヲ爲スコトヲ得

(三) 廢絶家 廢家トハ戸主カ故サラニ其家ヲ消滅セシメタルモノヲ云フ例之  
分家シテ一家ヲ創立セシ者カ本家ニ復歸シ其家ヲ廢セシカ如キモノ是レナリ  
又絶家トハ戸主ヲ失ヒタル家相續ス可キ者ナクシテ自然ニ消滅セシモノヲ云フ  
(四) 同家 同家トハ同一ノ家ヨリ肢カレタル數多ノ分家アル場合ニ於テ其分  
家間ヲ云フ

家族ハ廢絶シタル本家分家同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトヲ得レトモ之カ  
爲ニハ戸主ノ同意アルコトヲ要スルナリ  
成年ノ者ハ單ニ戸主ノ同意アルニ於テハ以上ノ如ク他家ヲ相續シ分家ヲ爲シ  
廢絶シタル家ヲ再興スルコトヲ得可シト雖モ若シ未成年者ナルトキハ戸主ノ

外尙親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意アルコトヲ要ス  
未成年者カ此等ノ者ノ同意ヲ得ルコトハ曩キニ第七百三十七條第二項ニ付キ  
説キタルカ如ク此等ノ者カ未成年者ノ法定代理人タルハ其財產權ニ付キテノ  
ミ然ルモノナルヲ以テ特ニ本條ノ如キ規定ナキニ於テハ總則ノ規定ヲ適用ス  
ルコト能ハサレハナリ

家族中一般ノ者ハ右ニ叙述スルカ如ク戸主ノ同意アルニ於テハ他家ニ入り又  
ハ一家ヲ創立スルコトヲ得可シト雖モ法定ノ推定家督相續人ハ他家ニ入り又  
ハ一家ヲ創立スルコトヲ許サ、ルナリ第七四四條是レ他ナシ吾邦ハ古來家ヲ  
重ンスルノ風俗ナルヨリシテ法律ノ規定ニ依ルノ外ハ法定ノ家督相續人ノ廢  
除ヲ爲シ(第九七五條)又ハ其相續權ノ拋棄ヲ爲ス(第一〇二〇條)コトヲ許サ、ル  
モノナレハ縱令戸主ノ同意アル時ト雖モ法定ノ家督相續人ニハ他家ニ入り又  
ハ一家ヲ創立スルコトヲ許サ、ルナリ  
然レトモ此原則ニハ二個ノ例外アリ其一ハ分家ヨリ入りテ本家ヲ相續スル場  
合他ノ一ハ戸主ノ同意ヲ得シテ妻ヲ娶リ又ハ養子ヲ爲シタルニ因リ離婚セ

ラレタル場合はレナリ第一ノ場合ハ從來ノ慣習ニ基クモノニシテ本家分家ノ  
間ニ於テハ本家ヲ重ンシ本家ヲ相續スル必要アル場合ニ於テハ分家ノ戸主ス  
ラ裁判所ノ許可ヲ得テ本家ニ入ルコトヲ得ル(第七六二條)モノナレハ本家相續  
ノ必要アル場合ニ於テハ法定ノ推定家督相續人ト雖モ之ヲ相續スルコトヲ許  
サ、ル可カラズ第二ノ場合ニ於テ家族カ戸主ノ同意ヲ得シテ自ラ婚姻ヲ爲  
シ又ハ養子縁組ヲ爲ストキハ或ハ戸主ノ不當ナリト信スル妻又ハ養子ヲ迎  
ヘ之カ爲メ其家ノ血統ヲ紊リ或ハ相續權ヲモ戸主ノ不當ナリト信スル者ニ  
與フルニ至ル可キカ故ニ此場合ニ於テ戸主ハ家督相續人タリト雖モ其家族ヲ  
離婚シ又ハ其家族カ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタルトキハ其復籍  
ヲ拒絕スルコトノ權利ヲ戸主ニ與ヘサレハ戸主權ニ制裁ナキヲ以テ第二項ノ  
規定ヲ設ケタルナリ

夫カ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立シタルトキハ妻ハ之ニ隨ヒテ其家ニ入ル(第七  
四五條)

夫婦ハ居テ同フシ家ヲ同フスルコトヲ要スルモノナレハ夫カ他家ニ入り若ク

ハ一家ヲ創立スル場合ニ於テ離婚セサル以上ハ之ニ隨從ス可キモノナルコトハ夫婦タル性質ノ上ニ於テ然ル可キノミナラス亦從來ノ慣習上ニ於テモ然ルヲ以テ法律ハ此規定ヲ設ケタリ

## 第二節 戸主及ヒ家族ノ權利義務

本節ニ於テハ戸主ト家族トノ權利ヲ明カニセタルモノニシテ戸主權ノ範圍其行使ノ方法等ヲ定メタリ

氏 戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ稱ス(第七四六條)

氏ハ家ニ屬スル名稱ニシテ之ヲ以テ他家ト區別ヲ爲セリ吾邦ノ慣習ハ支那ニ倣ヒ嫁シテ人ノ妻ト爲リタル後ト雖モ仍ホ生家ノ氏ヲ稱セシカ本法ハ氏ヲ以テ専ラ家ニ屬スル名稱ト爲シ同一ノ家ニ在ル者ハ皆同一ノ氏ヲ稱スルコトヲ要セシメタリ此ノ如クスルトキハ同家族内異ナリタル氏ヲ稱スル者ナキニ至リ紛ハシキコトアラサルナリ

戸主ノ義務 戸主ハ其家族ニ對シテ扶養ノ義務アリ(第七四七條)

扶養ノ義務トハ自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ爲スコト能ハサル者又ハ

自己ノ資産ニ依リテ教育ヲ受クルコト能ハサル者ニ對シ其生活ノ資料ヲ給シ又ハ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ教育ヲ受ケシムルノ義務ナルコトハ第九百九十八條ニ依リテ明瞭ナルカ戸主ハ家督相續ニ因リテ家ニ屬スル財産ノ全部ヲ相續スルヲ常トセルヲ以テ家族ニ對シテ此義務ヲ負ハシムルハ當然ノコトニ屬セリ」家族ノ財産權 家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トス第七四八條家族ハ自ラ職業ヲ爲シテ財産ヲ取得スルアリ又ハ遺産相續遺贈若クハ贈與其他ニ因リテ財産ヲ取得スルコトアリ而シテ家族カ財産ヲ其名義ヲ以テ取得シタルコト明カナルトキハ之ヲ其所屬ト爲スハ條理上ニ於テモ亦從來ノ慣習ニ於テモ然ルヲ以テ此規定ヲ設ケタリ而シテ家族ノ有スル財産ハ戸主ニ關係ナキヲ以テ戸主又ハ他ノ家族ノ負擔シタル義務ノ辨濟ニ當テラルハコトナキナリ然レトモ戸主家族ハ通常一家ニ同居スルカ故ニ一家中其孰レニ屬スル財産ナルヤ分明ナラサルモノアル場合ニ於テハ法律ハ之ヲ戸主ニ屬スルモノト推定セリ何トナレハ吾邦從來ノ家制ヨリ云ヘハ戸主ハ祖先傳來ノ家産ヲ舉ゲテ之ヲ相續スルヲ常トスルカ故ニ一家中ノ財産ハ皆其有ニ屬スルヲ本則ト認

メサルヲ得サレハザリ

家族ノ居所ヲ指定スル權 家族ハ戶主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得  
ス第七、四九條

戶主ハ家族ニ對シ監督權ヲ有スルカ故ニ戶主ノ自ラ指定セタル居所ニ在ラザ  
レハ之ヲ行使スルコトヲ得サルヲ以テ家族ハ戶主ト同居シ若クハ其許諾ヲ得  
タル所ニ居ラサルヘカラス

此規定アルニ拘ハラス家族カ戶主ノ指定シタル居所ニ在ラヌシテ自己隨意ノ  
所ニ居ルコトアリ其場合ニ於テハ之ニ加フル制裁ナカル可カラス即チ戶主ノ  
家族ヲ扶養スル義務ハ戶主權ノ行使ト相伴フヘキモノナレハ若シ戶主ニシテ  
事實上其戶主權ヲ行フコト能ハサルニ拘ハラス尙扶養ノ義務ノミヲ負ハシム  
可キ理ナキヲ以テ此場合ニ於テハ家族カ戶主ノ指定シタル居所ニ在ラサル間ハ  
戶主ハ之ニ對シテ扶養ノ義務ヲ免カル、コト、セリ

法律ハ右ノ外戶主ノ命ニ從ハサル家族ニ對シテ制裁ヲ加ヘタリ即チ戶主カ其  
命ニ從ハスシテ居所ヲ定メタル家族ニ對シテ相當ノ期間ヲ定メ其指定シタル

三 惡意ノ占有者ハ(イ)現ニ存スル果實ニ付テハ其全額ヲ返還スル義務ヲ負フ  
ヘシ(ロ)其既ニ消費シ又ハ過失ニ因リテ毀損シ又ハ收取ヲ怠リタル果實ノ代價  
ヲ償還スル義務ヲ負フ第一九〇條第一項此規定ヲ設ケタル理由ハ他人ノ物ノ  
占有者ハ之ヲ所有者ニ返還スヘキハ當然ニシテ隨テ其果實ノ如キモ決シテ之  
ヲ占有者ノ利得ニ歸ス可キ謂ナシト云フニ在リ然レトモ此場合ト雖モ所有者  
ヲシテ不當ノ利得ヲ得セシムルノ理由ナキヲ以テ占有者カ其果實ニ對シ事實  
上施シタル施用ハ所有者ヲシテ返還セシムルコトヲ得可シ

四 強暴又ハ隱秘ノ占有者ハ取得時効ノ利益ヲ享ケス且ツ全ク果實ヲ取得ス  
ルコトヲ得ス加之此等ノ占有者ハ其權原ノ正當ナルコトヲ信セシ場合ト雖モ  
果實ニ付テハ常ニ惡意ノ占有者ト同一視セラル、モノナリ第一九〇條第二項  
第三 占有者ハ占有ニ因リ取得時効ノ利益ヲ享ク 占有ハ取得時効ノ基礎ヲ  
爲スモノナリ而シテ不動產ノ取得時効ニ在リテハ占有カ十ヶ年若クハ二十ヶ  
年ヲ經過スルヲ必要トスレトモ動產ノ取得時効ニ在リテハ時ノ經過ヲ必要ト  
セサルモノアリ即チ所謂即時時効ナルモノナリ(不動產ノ取得時効ニ關シテハ

第六十二條以下及ヒ第四百四十四條以下ニ之ヲ規定シ動產ノ普通時効ニ關シテモ等シク總則編ノ規定スル所ナルヲ以テ此ニ詳説セス

動產ニ關スル即時々効ニ付テハ新法典第九十二條以下ニ於テ之ヲ規定セリ即チ

平穩且公然ニ動產ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動產ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス

ト眞ノ權利者ニアラスシテ物ノ占有ヲ爲スニ因リ權利ヲ取得スルニ至ルハ占有ノ効力ノ最モ大ナルモノナリ而シテ我法典ニ於テハ動產ニ付テハ毫モ時ノ經過ヲ要セスシテ即時ニ權利ヲ取得スルモノトセリ然レトモ法律ニ於テハ單純ナル占有ヲ以テ足レリトセス其權利ヲ取得スルニ付テハ四個ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トセリ

抑時効ナルモノハ時ノ經過ヲ以テ條件ノ一ト爲スモノナリ故ニ即時時効ト言フカ如キハ全ク意味ナキ語辭ナルニ似タリ然レトモ佛語「フレスクリブション」エンスタンタチ「ナル語及ヒ即時時効ノ沿革ヲ考フル時ハ法律語トシテ採用ス

ルヲ妨ケサルナリ蓋シ佛語「フレスクリブション」エンスタンタチ「トハ我國語ノ即時時効ノ如ク熟語内ニ於テ矛盾ヲ惹起スコトナク又歐洲往時ノ法典ニ在リテハ動產ノ取得時効ニ付キ一年ノ期間ヲ必要トセルコトアリ加之我法典ニ於テモ盜贖又ハ遺失物ノ占有ニ付テハ二年ヲ經過スルコトヲ必要トスレハナリ佛民法ニ載セタル動產ノ即時時効ノ法則ハ各國皆之ヲ採用セリ我法典ニ於テモ亦同シキ所ナリ唯我法典ハ佛民法第二百七十九條ニ掲ケタル格言動產ニ付テハ占有ハ權原ニ等シテ直ニ採用セタルノミ是レ其格言タル頗ル明確ヲ欠クノ嫌ナキニアラサレハナリ然レトモ我法典第九十二條ハ此格言ヲ詳細ニ應用シタルモノナリ故ニ其格言ノ意義ヲ明ニスルハ同時ニ我法典第九十二條ヲ説明スルモノナルヲ以テ茲ニ其格言ヲ明ニセシ

佛國法ノ格言ニ所謂占有トハ正確ニ之ヲ言ヘハ善意ニシテ且ツ過失ナキコト及ヒ平穩ニシテ且ツ公然ナルコトヲ要スルモノトス

一 善意トハ正權原ニ因ルコト及ヒ正權原カ眞ノ權利者ヨリ出テタリト信スルコトヲ意味ス

二 過失ナキコト、ハ例ヘハ公ノ市場ヨリ買求メ若クハ同種類ノ物ヲ販賣スル者ヨリ買受ケタルカ如キヲ謂フ

三 平穩トハ強暴ノ裏面ヲ謂フ

四 公然トハ隠秘ノ裏面ヲ謂フ

以上占有ニ關スル四個ノ條件ヲ説明セリ而シテ善意ナルコト及ヒ平穩且ツ公然ナルコトハ法律上當然推定セラレ(第一八六條、カ故ニ占有者ノ權利ヲ攻撃セントスルモノハ反對ヲ立證セサル可カラス例ヘハ甲カ一ノ動產ヲ所有ノ意思ヲ以テ占有セルニ當リ乙之ヲ回復セント欲セハ甲ノ占有ノ惡意ナルコト若クハ強暴隠秘ナルコトヲ立證セサル可カラサルカ如シ之ニ反シ占有者ニ過失ナキコトハ法律上ニ於テ推定セラレ、コトナシ然レトモ占有者ハ常ニ被告ノ地位ニ立ツ可キカ故ニ之ヲ攻撃セントスルモノハ原告ノ地位ニ立テテ等シク反對ヲ立證セサル可カラサルナリ

法律ハ第九十二條ニ於テ前略其動產ノ上ニ行使スル權利ヲ取得スト曰ヘリ故ニ有體動產ノ所有權以外ノ財産權例ヘハ質借權質權ノ如キモ亦即時時効ニ

因リテ取得スルコト勿論ナリ而シテ茲ニ所謂動產トハ單ニ有體動產ノミヲ稱スルコト第八十條第二百五條等ヲ對照セハ自ラ明白ナリ

立法者ハ不動產ノ取得時効ニ付キ十年若クハ二十年ノ占有期間ヲ定メタルニ反シ動產ニ付テハ即時時効ノ制ヲ設ケタリ是レ如何ナル理由ニ因ルカ他ナシ動產ハ不動產ト異ナリ轉々限リナクシテ如何ナル方法ニテモ又如何ナル場所ニモ移轉スルモノナリ且ツ同一ノ物件數多アリテ取引ヲ爲スニ當リ一々其所有權ノ正當ナルコトヲ證明スルハ甚タ難シ故ニ若シ動產ノ占有者ヲシテ即時時効ノ利益ヲ有セシメサルニ於テハ回復ノ訴ヲ受ケ仍テ以テ其物件ヲ失ハサル可カラサルニ至ラン此ノ如キハ徒ニ一個人ノ利益ヲ害スル者タルノミナラス同時ニ社會ノ公益ヲ害スルコト大ナリト云ハサル可カラス夫レ動產取得者ノ如キハ回復ノ訴ヲ受ケンコトハ夢想タモスル能ハサルモノナリ然レニ意外ニモ之カ取戻ヲ受クルカ如キコトアラハ遂ニハ動產ヲ取得セントスル者ヲシテ鄭重ニ其讓渡人ノ權利ヲ調査セシムルニ至リ其極動產ノ融通ヲシテ大ニ濫濫セシムルノ結果ヲ生スルニ至ル可シ即時時効ヲ設ケタルハ即チ此ノ利益ヲ



救済スルニ在ルナリ

動産ノ即時時効ニ關スル原則ニハ我法典ニ隨ハハ三ノ例外アリ

第一 動産カ盜賊タル場合

第二 動産カ遺失物タル場合

第三 動産カ家畜外ノ動産ナル場合

是ナリ

第一及ヒ第二ノ例外タル動産カ盜賊又ハ遺失物タル場合ハ所有者ハ盜難又ハ遺失ノ時ヨリ二年間占有者ニ對シテ回復ヲ訴求スルコトヲ得第一九三條法律ハ何故ニ此場合ニ關シ特別ノ規定ヲ設ケタルヤ此立法上ノ理由ハ之ヲ知ルコト甚タ必要ナリ何トナレハ凡ソ例外ハ特別ノ理由ニ基クモノニシテ其理由ノ存スル場合ノ外ハ一切之ヲ推及セシムルコトヲ得サルモノナレハナリ之ニ關シテハ舊法典理由書ニ左ノ如キ記載アリ

善意ナルモ盜犯人又ハ發見人ヨリ直接ニ物ヲ取得スル者ハ所有者ニ比シ一層不注意ナル者ナリ所有者トハ被害者又ハ遺失主ヲ云フ何トナレハ其取引

ニ關スル種々ノ狀況ニ因リテ取引ノ目的タル動産カ盜賊タリ又ハ遺失物タルコトヲ推知スルハ通常困難ナラサレハナリ之ニ反シ所有者ニハ原則トシテ遺失ヲ認ムル能ハス何トナレハ縱令遺失ナキモ盜難又ハ遺失スルコトアルヲ免レサレハナリ

ト此理由ハ採用スルノ價值アルモノナリト信ス但シ法律ハ所有者ニ其所有者タルノ故ヲ以テ此場合ニ物ノ回復ヲ爲スコトヲ得セシムルモノニアラス蓋シ若シ所有者ノ權利ヲ尊敬シテ物ノ回復ヲ許スモノトセハ即時時効ノ原則ハ忽チ打破セラレ總テノ場合ニ於テ所有者カ其所有權ヲ立證シ得ル限りハ之カ回復ヲ許サハルヘカラサルノ結果ヲ生ス可ケレハナリ

第百九十三條ハ特ニ盜賊及ヒ遺失ノ場合ヲ規定スト雖モ委託物費消及ヒ詐欺取財ノ場合ヲ規定セス故ニ此等ノ贖物ヲ取得シタル者ハ本條ノ支配ヲ受ケスシテ第百九十二條ノ支配ヲ受ク可シ詳言セハ此等ノ贖物ヲ取得シタル者ハ即時時効ヲ得二年以内ニ於テモ之カ回復ノ訴ヲ受タルコトナシ是レ舊ニ法律ノ明文上斯ク斷定セサル可カラサルノミナラス第百九十三條ハ例外ノ規定ナリ



ト云フノ點ニ於テモ亦之ヲ他ノ場合ニ適用スルコト能ハサル所ナリ又委託物  
費消犯者又ハ詐欺取財犯者ヨリ動産ヲ取得シタル者ハ盜賊又ハ遺失物ヲ盜犯  
人又ハ發見者ヨリ取得シタル者ト同一ナル過失ニ付テノ責任ヲ有セス何トナ  
レハ委託物費消者又ハ詐欺取財犯者ハ外形上任意ニ所有者ヨリ動産ヲ受取リ  
テ之ヲ所持スル者タルノミナラス他ノ一方ニ就テハ委託物費消又ハ詐欺取財  
ノ場合ニ於ケル所有者被害者ハ容易ニ人ヲ信用シタル點ニ於テ過失アリト推  
定セサルヲ得サレハナリ  
茲ニ一大問題アリ第九十三條ノ所謂占有者トハ單ニ盜犯人又ハ發見者ヨリ  
直接ニ物ヲ取得シタル者ノミヲ指シヤ將タ物ノ轉得者ヨリ更ニ轉得シタル者  
ヲモ意味スルモノナリヤ是ナリ我新舊法典ハ動産ノ即時時効ノ例外ニ關スル  
規定ニ付テハ大ニ舊民法草案ノ規定ヲ變更シ却テ其排斥シタル佛法典ノ規定  
ヲ採用シタルヲ見ル而シテ新舊法典ノ規定ハ法理ニ背馳スルノ誹ヲ免レスト  
雖モ實際ノ適用上簡便ナルノ長所アリ之ニ反シ舊民法草案ノ規定ハ學理上穩  
當ナリト雖モ實際ノ適用上不穩當ナル結果ヲ生スルノ缺點アリ舊民法證據編

第一四五條第一四六條同草案第一四八四條乃至第一四八六條右ノ問題ハ予ノ  
考フル所ニ依レハ新舊法典ノ規定ヲ舊民法草案ニ對照スル時ハ問題タルノ價  
値ナシ何トナレハ舊民法草案第千四百八十二條ヲ見ルニ  
占有者カ物ヲ直接ニ盜犯人又ハ其共犯人發見者又ハ其代理人ヨリ受取リタ  
ル場合ハ云々

ト規定セリ然ルニ此規定ハ新舊民法ニ於テ削除セラレ新民法第百九十三條ハ  
占有物カ盜品又ハ遺失物ナル時ハ云々

ト規定シタルニ過キス故ニ新法典ニ於テハ占有者カ直接ニ物ヲ盜犯人又ハ發  
見者ヨリ取得シタルト若クハ轉々ノ後間接ニ之ヲ取得シタルトハ毫モ問フ所  
ニアラサルコト勿論ナレハナリ然レトモ此新法典ノ規定ハ學理上非難ヲ免ル  
ハコト能ハサル可シ何トナレハ盜賊又ハ遺失物カ數人ノ手ニ轉々シタル後占  
有者ノ占有ニ歸シタル場合ニ於テモ尙全然占有者ノ利益ヲ犧牲ニ供シ以テ所  
有者ヲ保護スルノ理由ハ之ヲ發見スルニ苦シマサルヲ得サレハナリ換言スレ  
ハ此場合ニ占有者ニ過失アリトシ無價ニテ物ノ返還ヲ命スルハ往々不穩當ナ

ルコトニ屬ス殊ニ詐欺取財等ニ於ケル贓物ヲ犯罪者ヨリ直接ニ取得シタル者ノ返還ノ義務ナキニ比スル時ハ決シテ彼是權衡ヲ得タルモノト云フヲ得サルナリ

盜賊又ハ遺失物ノ占有者カ第一、贖賣ニ於テ若クハ第二、公ノ市場ニ於テ又ハ第三其物ト同種類ノ物ヲ販賣スル商人ヨリ善意ニテ之ヲ買受ケタル場合ニ於テハ所有者被害者又ハ遺失主ハ占有者カ支拂ヒタル代價ヲ辨償スルニアラサレハ其物ノ回復ヲ爲スコト能ハス(第一九四條)而シテ此場合ニ於テハ法律ハ占有者ニ過失ナキコトヲ當然推定ス又此場合モ第百九十二條ニ所謂平穩且ツ公然ニ占有ヲ始メタルノ條件ヲ必要トスルコト言フヲ待タス尤モ就賣又ハ公ノ市場ニ於テ通常ノ手續ヲ以テ物ヲ買受ケタル者ハ固ヨリ平穩且ツ公然ニ物ノ占有ヲ始メタルモノト言ハサルヲ得ス加之此場合ニ於テハ占有者ニ毫モ過失アリト認ムルコト能ハス然ルニ他ノ一方ニ於テ所有者ニ過失ナキハ盜難又ハ遺失ヲ以テ過失ト爲スコトヲ得サルカ如シ是ニ於テカ立法上ノ斷定頗ル困難ナルニ至ル即チ此場合ニ於テハ所有者及ヒ占有者ノ何レヲ保護スヘキヤ又何レヲ

以テ一方ノ犧牲ニ供ス可キヤヲ知ルコト能ハサルナリ第百九十四條ハ此問題ヲ決シタルモノナリト雖モ法理上頗ル説明ニ苦ムモノアリ同條ノ規定スル所ニ依レハ専ラ所有者及ヒ占有者ノ利益ヲ可及的穩當ニ調停スルヲ以テ目的トシタルニ過キサルカ如シ然レトモ若シ然ラスシテ同條ノ正反對ニ出テ公ノ市場等ニ於テ善意ニテ盜賊又ハ遺失物ヲ買受ケタル者ハ所有者ニ其價金ヲ支拂フニ因リテ其物ノ返還ヲ拒ムコトヲ得ト規定スルモ亦法理上不當ナラサル可シ同條ノ規定ノ如キハ唯利益ノ調停上穩當ナリト云フニ過キサルナリ

第百九十四條ノ規定ハ第百九十三條ニ對スル特別規定ナリ(例外ノ例外ナレトモ原則ニ復歸セヌ)故ニ所有者カ代價ヲ辨償シテ物ノ回復ヲ爲シ得ルハ第百九十三條ニ定メタル二年間ニ限ル換言セハ第百九十四條ノ場合ニ於テモ占有者ハ二年間占有ヲ爲スニ因リテ取得時効ノ利益ヲ享クルナリ

第三ノ例外ハ動産カ家畜外ノ動物ナル場合ニシテ此場合ニ於テモ亦即時時効ノ例外行ハル、モノトス即チ第百九十五條ニ從ヒ他人ノ飼養ニ係ル家畜外ノ動物ヲ占有スル者ハ其占有ノ始善意ニシテ且ツ逃走ノ時ヨリ一ヶ月内ニ飼養

主ヨリ回復ノ訴ヲ受ケタルトキニ於テ始メテ取得時効ノ利益ヲ享タルナリ  
動物ノ占有問題ハ甚タ簡易ナルカ如シト雖モ其實頗ル困難ナリ佛法ノ規定ハ  
此點ニ付キ完全ヲ欠ケリ我舊法典ノ規定ハ比較的進歩シタルモノナルコト爭  
フ可カラスト雖モ尙問題ヲ生スルヲ免レザリシナリ然ルニ新法典ハ舊法典財  
產取得編第十三條ノ規定ヲ占有ノ部ニ移シテ之ヲ節約シタリ故ニ其規定簡明  
ニシテ成文法上ノ問題ヲ生スルコト尠シト雖モ極メテ不穩當ナル立法タルニ  
至レリ今先ツ新法典ニ從ヒ所謂家畜外ノ動物トハ果シテ如何ナルモノヲ指ス  
ヤ甚タ不明瞭ナリ又此問題ヲ判斷センニハ所謂家畜トハ如何ナル動物ナルカ  
ヲ判定セサル可カラス然レトモ是レ頗ル困難ナル所ナルヘシ予ノ信スル所ニ  
依レハ牛馬犬猫雞家鴨等ノ類ハ家畜ナルコト爭フ可カラスト雖モ此種類以外ノ  
動物ニハ家畜ナル名稱ヲ付スルコト能ハサルナリ(固ヨリ將來學說及ヒ實際ニ  
於テ家畜ナルモノノ範圍ニ關シ困難ナル問題ヲ惹起スルコトアルヘシ然ル  
ニ梅氏著民法要義ニ依レハ家鴿金魚等ヲ家畜ニ編入セリ既ニ家畜ナルモノ  
ニ關シ此ノ如ク種々ノ說ヲ爲スコトヲ得ヘキカ故ニ所謂家畜外ノ動物ナルモ

ノヲ知ルコト極テ困難ナリト謂ハサル可カラス唯百般ノ動物中例ヘハ猪熊虎  
鹿鶴雉子鳩等ハ家畜外ノ動物ナリト謂フヘキナリ

家畜外ノ動物ハ第九十五條ノ支配ヲ受クレトモ家畜ハ器具等ノ如キ普通動  
產ト同一ノ取扱ヲ受ク然ルニ家畜モ亦動物ナルカ故ニ他ノ普通動產ト異リテ  
取引盜難遺失等ニ原因スルコトナクシテ自ラ所有者ノ手ヲ脫スルコトアリ此  
場合ニ於ケル家畜ハ法理上遺失シタル器物ノ如キモノト同一視セラルヘモノ  
ナリ此ノ如ク家畜ト家畜外ノ動物トヲ區別シテ規定スル所以ノモノハ蓋シ家  
畜カ全然家畜外ノ動物ト異ナル點アレハナリ即チ家畜ニ付テハ法律上常ニ無  
主ヲ想像スルコトヲ得スシテ其所有權ノ目的物タル可キコトヲ想像スルハ當  
然ナリ然ルニ家畜外ノ動物ニ至リテハ全ク之ニ反ス尙之ヲ詳言スレハ家畜外  
ノ動物ニ在リテハ現ニ所有權ノ目的物タリシ場合ニ逃走スルモ之ヲ捕ヘタル  
モノハ先占ニ因リテ無主物ヲ取得シタルト信スヘク隨テ往々善意ノ占有者タ  
ル可シト雖モ家畜ニ在リテハ縱令逃走中ノモノヲ捕ヘタリトスルモ常ニ無主  
物ナリト信スルヲ許サヘカ故ニ惡意ノ占有者タルヲ免レサルヘシ是レ二者

其規定ヲ異ニスル所以ナリ

又池魚家鳩蜜蜂ノ類カ自ラ居ヲ轉シタル場合ハ佛法及ヒ我舊法典ニ於テハ問題タラスト雖モ新法典ニ於テハ然ラス此種類ノ動物ニ對シ佛法又ハ舊法典ノ主義ノ如ク新法典ニ於テモ其第百九十五條ヲ適用セントスルトキハ是等ノ動物ヲ以テ家畜外ノ動物ナリト看做サハル可カラス何トナレハ之ヲ家畜ト看做スニ於テハ普通動産ニ關スル規定ヲ適用セサル可カラサレハナリ  
獅虎等ヲ單純ナル家畜外ノ動物ト看做シ之ニ第百九十五條ヲ適用スルハ佛法ト異ナル所ナリ佛法ニ於テハ尙之ヲ家畜ニ準セリ是レ不當ナリトスヘキカ曰タ然ラス何トナレハ獅虎等ヲ我國ニ於テ捕獲スル者ハ恰モ牛馬ノ如ク何人モ之ヲ無主物ナリト信スルモノナカルヘク隨テ惡意ノ者タルニ至ルヘク決シテ之ヲ善意ノ占有者ト云フコトヲ得サレハナリ故ニ之ニ第百九十五條ヲ適用スルモ占有ノ始善意ナリトノ認定ヲ受ケ同條ノ利益ニ浴スルコト之レナカルヘキナリ

第百九十五條ニ所謂占有ノ始善意ナリトハ他人ノ物ト信セスシテ占有シタル

コト即チ先占等ノ方法ニ因テ無主物ヲ占有シタリト信スルコトヲ云フ又同條ニハ逃走ノ時ヨリ一ヶ月内トアルカ故ニ縱令占有者ノ占有ハ僅ニ一時一秒ナリトスルモ本條ノ利益ヲ受クルコトアルヘシ何トナレハ動物ハ所有者ノ手ヲ逃走スルト同時ニ必シモ占有者ノ占有ニ移ルモノニアラスシテ多クハ逃走後多少ノ時間ヲ經テ占有者ニ捕獲セラレハモノナレハナリ

第四 占有者ハ物ノ保存ノ爲メ又ハ物ノ増加ノ爲メニ消費シタル金額若クハ

増加額ヲ回復者例ヘハ異ノ所有者ヨリ償還セシムルノ權利アリ且ツ回復者カ其費用ヲ完済スルマテ占有物ヲ留置スルコトヲ得第一九六條第二九五條ノ所有者ハ他人カ善意又ハ惡意ニテ其物ヲ取得シタリト偶然ノ出來事ニ因リ占有者ヲ損害シテ自ラ不當ノ利得ヲ爲スコトヲ許サス故ニ所有者ハ保存費用及ヒ増加費用ヲ辨償スルノ義務ヲ負フ

費用ニ付テハ羅馬法以來三種ニ區別セラレタリ第一、必要費第二、有益費第三、奢侈費是ナリ而シテ必要費トハ物ノ保存ノ爲ニ必要ナル費用ニシテ例ヘハ修繕費用若クハ租税ノ如キ是ナリ又有益費トハ一ニ之ヲ改良費ト稱シ必要ナラザ

ルモ物ノ價格ヲ増加セシムル効用ヲ有スル費用ヲ云フ最後ニ奢侈費トハ快樂ノ爲メノ費用ニシテ物ノ保存ニモ必要ナラス又物ノ價格ヲモ増加セサル費用ヲ云フ

物ノ回復者ハ費用ヲ償還セサル可カラサルコト勿論ナリト雖モ右ニ述ヘタル奢侈費ハ之ヲ償還スルノ義務ナシ加之占有者カ果實ヲ取得シタル場合ニ在リテハ通常ノ必要費ハ其負擔ニ歸セサル可カラス(第一九六條第一項但書蓋シ非常ノ必要費ナルモノハ物ノ元本ヲ以テ支辨セラル、モノト看做サル、ニ反シ通常ノ必要費ハ物ノ果實ヲ以テ支辨ス可キモノト看做サル、ヲ以テナリ而シテ所謂非常ノ必要費トハ大修繕ノ費用又ハ非常租税ノ類ニシテ所謂通常ノ必要費トハ小修繕又ハ通常租税ノ類ヲ云フ

茲ニ注意スヘキハ占有者ノ果實ヲ取得スル場合ハ常ニ必ス通常ノ必要費ヲ負擔スヘキモノト思惟スヘカラサルコト是ナリ蓋シ如何ナル僅少ノ果實ニテモ苟モ果實ヲ取得スル以上ハ如何ナル多額ノ通常ノ必要費ト雖モ尙常ニ之ヲ負擔セサルヘカラスト断定スルカ如キハ頗ル不當ノ解釋タレハナリ故ニ其果實

ノ收入ヲ以テ支辨シ能ハサルモノハ回復者ヨリ之カ償還ヲ受クルコトヲ得ト云ハサル可カラサルナリ但シ是レ固ヨリ事實問題ニ屬スヘキカ故ニ裁判官ノ事實認定ニ依ルヘキコト論ヲ俟タサルナリ

占有者カ保存費及ヒ増加費用ノ返還ヲ受クルノ權ハ其善意ナルト惡意ナルトニ因リ差異アルコトナシト雖モ其留置權ヲ有スルハ占有者カ占有ノ始善意ナル場合ニ限り其惡意ナル場合ニ於テハ之ヲ留置スルコトヲ得ス(第二九五條第二項)

回復者ニ於テハ或ハ有益費用ヲ償還スルコトヲ得ヘク或ハ現存セル増價額ヲ償還スルコトヲ得ヘシ故ニ増價額ニシテ費用額ヨリ少キトキハ増價額ヲ償還スルコト回復者ノ利益ナルヘク又費用額ニシテ増價額ヨリ少キトキハ費用額ヲ償還スルコト回復者ノ利益ナルヘシ而シテ其何レヲ償還スルモ決シテ不當ニアラス全ク回復者ノ選擇ニ一任スルモノナリ是レ蓋シ何レニスルモ回復者ニ於テハ不當ノ利得ヲ爲スコトナケレハナリ

惡意ノ占有者ハ善意ノ占有者ト異ナリ或ハ故意ニ巨額ノ費ヲ投シ回復者ニ對

シテ之カ返還ヲ促シ仍テ以テ回復者ヲ苦シムルノ恐ナシト云フヘカラス是ニ於テカ法律ハ惡意ノ占有者ニ對シテハ裁判所ハ回復者ノ申立ニ因リ其費用償還ニ付キ相當ノ期限ヲ許與スルコトヲ得トシ以テ此弊ヲ除去スルニ努メリ第一九六條第二項但書

(注意) 物カ滅失毀損シ其責ヲ占有者ニ歸スヘキ場合ニ於ケル善意惡意ノ占有者カ爲ス所ノ賠償ニ付テハ第百九十一條ノ規定ヲ參照スヘシ

第五 占有者ハ占有訴權ヲ有ス

占有者ハ占有訴權ニ依リ其占有ヲ防衛スルコトヲ得占有訴權ニ三種アリ(一)占有保持訴權(二)占有保全訴權(三)占有回復訴權是ナリ此各種ノ訴權ニ關スル詳細ノ説明ハ順次之ヲ述フヘシト雖モ今左ニ是等ノ訴權ヲ用フヘキ場合ヲ概言セシニ

- (一) 占有保持訴權 現ニ占有ヲ防衛セラル、場合ニ之ヲ用フ
- (二) 占有保全訴權 占有ヲ妨害セラル、虞アル場合ニ之ヲ用フ
- (三) 占有回復訴權 占有ヲ奪ハレタル場合ニ之ヲ用フ

占有訴權ハ前ニモ述ヘタル如ク占有者ニ占有者トシテ屬スル權利ナリ故ニ其占有ト本權ノ權利トヲ併有スル者例ヘハ所有者ノ如キ者ニモ屬スルコト勿論ナリ何トナレハ所有權者モ亦占有者タルコト最モ普通ナルヲ以テナリ又第百九十七條ニ依レハ代理占有ノ場合ハ其代理人ニモ占有ノ訴ヲ提起スルノ權アルコト明ナリ而シテ後見人又ハ會社ノ社長ノ如キ意思心素及ヒ所持體素ヲ代表スル法定代理人ノ占有訴權ヲ行フコトヲ得ルハ固ヨリ言フ俟タス然ルニ第百九十七條ハ單ニ所持ノミヲ代表スル通常代理人ニモ起訴ノ權利アルコトヲ認メタリ是レ往々緊急ノ危害ニ迫リタル占有ヲ保護センカ爲メ此ノ如クナラサルヲ得サルナリ但シ占有者ハ起訴ニ付キ特別ノ代理人ヲ選定スルコトヲ得ルハ別問題ニシテ其有効ナルコト固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリ

占有ハ本來不動産ニ付キテノミ行ハレタルモノナリト雖モ學說及ヒ實際裁判例ノ進歩スルニ隨ヒ不動産ノ所有權以外ノ權利即チ地役權永小作權不動産質權包括動產ノ所有權若クハ特定動產ノ所有權及ヒ其他ノ權利ニマテ適用スヘキモノト看做サル、ニ至レリ然レトモ占有ニ關スル法典ノ規定殊ニ占有訴權



ニ關スル法典ノ規定ハ主トシテ不動產ノ所有權ヲ目的トスルカ如シ又  
新法典ハ前ニモ述ヘタル如ク有體物ニ關スル占有以外ノ占有即チ權利ノ占有  
ヲハ特ニ準占有ト稱セリ然レトモ其之ニ關スル法則ハ二者共通ナリトス  
予ハ是ヨリ各種ノ占有訴權ニ付キ説明スル所アルヘシ  
(一) 占有保持訴權  
占有者カ他ヨリ其占有ニ付キ事實上又ハ權利上ノ妨害ヲ受ケタルトキハ占有  
保持訴權ニ依リ其妨害ヲ停止セシメ及ヒ其妨害ニ因リ生シタル損害ヲ賠償セ  
シムルコトヲ得(第一九八條)是レ其範圍ノ詢ニ明白ナルモノナリ而シテ事實  
上ノ妨害トハ占有ヲ妨害シ又ハ占有ノ價值ヲ減殺シ若クハ全滅セシムル第三  
者ノ有形的行爲ニヤ例ヘハ占有地又ハ占有家屋ノ一部分ヲ占領セラレタル  
カ如シ其他占有地ヲ通行セラレハコト占有地ニ工作ヲ爲サレタル場合若クハ  
占有地ニ侵水セラレタルカ如キ皆之ニ屬スヘシ又權利上ノ妨害トハ占有者ト  
契約セタル占有地ノ賃借人ニ對シ第三者カ裁判上又ハ裁判外ノ請求ヲ爲シ殊  
ニ占有者ニ對シテ占有ノ全部又ハ一部ヲ拋棄セシムルコトヲ目的トスル請求

出シ而シテ裁判所ハ該書面ニ依リテ心證ヲ求メ以テ裁判ノ基本ヲ得ントスル  
モノナリ之ニ反シ口頭審理即チ直接審理トハ受訴裁判所カ直接ニ當事者證人  
鑑定人等ヲ訊問シ其結果ニ依リテ裁判ノ基本ヲ得ルモノナリ彼ノ形式證據法  
ニ依リ裁判ヲ爲サントスルニハ或ハ口頭審理ニ依リ或ハ書面審理ニ依リ之ヲ  
爲スコトヲ得ヘキモ實體證據法ヲシテ其効力ヲ全カラシメント欲セハ勢ヒ口  
頭審理ノ方法ニ依ラサル可カラサルナリ蓋シ書面ヲ以テ事實ヲ開示シ若クハ  
立證ヲ爲スカ如キハ問々其意ヲ解スルニ當リ誤謬ヲ生スルノ懼アルノミナラ  
ス心證上大ナル差違ヲ生スルモノナリ然ルニ口頭ノ陳述ヲ以テスルトキハ當  
事者ニ於テ能ク其事情ヲ悉シ敢テ其意ヲ誤ルコトナキノミナラス心證上非常  
ノ影響ヲ及ホスモノナルヲ以テ容易ニ證據ノ信憑力ヲ斷定スルコトヲ得ルニ  
至ルモノナリ加之當事者ノ性質動作智識ノ如何ハ裁判官ノ心證上間接ニ至大  
ノ効力ヲ有スルモノトス之ニ反シ書面上事件ノ審理ヲ爲サント欲セハ右等ノ  
事項ニ付テハ曾テ之ヲ知ルコトヲ得サルモノナリ隨テ事實ノ真相ヲ發見シテ  
以テ之カ斷定ヲ爲ス能ハサルニ至ラシム故ニ事實ノ真相ヲ得テ裁判ノ目的ヲ

達セント欲セハ勢ヒ口頭審理ノ原則ニ依ラサル可カラサルナリ是ヲ以テ我カ訴訟法第百三條ニ於テハ明ニ其意ヲ示シ判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ付テノ當事者ノ辨論ハ口頭ナリトスト規定セリ然レトモ口頭審理ニ於テモ敢テ書面ヲ必要トセサルニアラスシテ却テ之ヲ要スルノ場合少シトセス然レトモ其目的タルヤ書面審理ニ於ケルカ如ク之ニ因テ裁判ノ基本ヲ得ントスルニ非スシテ或ハ訴訟準備ノ爲ニシ或ハ後日ノ争ノ爲メ訴訟ノ結果ヲ利用セントスルノ目的ニ出タルモノナリ彼ノ辯論ニ付キ調書ヲ要スルカ如キ是ナリ其他當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ對スル書面上ノ通知又ハ裁判所ヨリ當事者又ハ證人鑑定人等ニ對スル書面上ノ通知等ノ如キハ實際上欠ク可カラサルモノトス是ヲ以テ訴訟法ニ於テモ亦特ニ送達ニ關スル規定ヲ設ケ時日場所受取人等ニ關スル送達ノ効力ヲ定ムルニ至レリ此ノ如ク口頭審理ヲ以テ原則ト爲スモ實際上ニ於テハ書面ヲ要スルコト甚タ多ク口頭審理ノ原則ハ却テ虛文ナラン乎ノ疑ヲ生セシム然レトモ口頭審理ノ原則ニ依リ左ノ結果ヲ生ス

(イ) 受訴裁判所ハ當事者ノ口頭辯論ニ因ルニアラサレハ判決ヲ爲スコトヲ得

ス

裁判ヲ爲スニハ口頭辯論ニ依ルヲ原則ト爲シタルヲ以テ口頭ノ辯論ヲ經サレハ判決ヲ爲スコトヲ得ス故ニ訴訟法第二百三十二條ニ曰ク判決ハ其基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限リ之ヲ爲スト

(ロ) 受訴裁判所ニ於テ陳述スル事項ハ夥多ナラサルヲ好シトス然ラサレハ裁判官ノ記憶ヲ亂リ其要ヲ得ル能ハサラシムルニ至ル又濫リニ訴訟ヲ分離シ其一分ヲ解スルニ前已ニ審理シタル部分ノ書面上ノ調査ヲ要セシム可カラサルナリ蓋シ裁判官ノ記憶ヲ亂リ若クハ訴訟ノ要ヲ得サラシムルトキハ不當ノ判決ヲ受クルノ懼アリ又訴訟事件ノ一分ヲ解スルニ當リ他ノ部分ニ付テ書面上ノ調査ヲ要ストセハ却テ書面審理ト其實ヲ同ウスルニ至ル即チ書面上ノ調査ヲ要スル部分ノ増加スルニ隨ヒ益々書面審理ニ傾クノ度ヲ加フルモノナリ是ヲ以テ事實上止ムヲ得スシテ辯論ノ期日ヲ變更シタルカ如キ場合ニ於テハ成ル可ク其辯論ヲ新ニシ事件ニ付キ新ニ陳述セシムルヲ必要トス如何トナレハ口頭審理ニ於テハ唯一ノ辯論ヲ企望スルモノナレハナリ



## 第四原則 裁判ハ有償ナリ

裁判ヲシテ有償ナラシムヘキヤ否ヤハ單ニ法理上ノ問題ニアラスシテ率ロ實際上ノ結果ニ依リ判定スヘキモノトス今若シ裁判ヲモテ無償ナリトセンカ其結果タルヤ今日ノ有様ニ於テハ裁判事務ノ増加ヲ來タシ裁判事務上ニ非常ノ影響ヲ及ホスノミナラス財政上ヨリ之ヲ言フモ國庫ハ到底之ヲ支フルヲ得サルニ至ラン是ヲ以テ我法律ニ於テハ特ニ民事訴訟費用法ヲ設ケ其費用ヲ一ニシ之カ償ヲ爲サシムルコト、セリ但シ貧民ニシテ自ラ裁判費用ヲ辨スルノ實力ナキモノニハ法律上假ニ之ヲ免除スルコトヲ得ルモノナリ是レ費用ヲ辨スル實力ナキカ爲メ自己ノ權利ノ伸張若クハ防禦ヲ爲ス能ハサルノ不幸ヲ免カレシメントスルニ外ナラス故ニ訴訟上ノ救助ヲ受クルモノハ自己ノ無實力ナルコト及ヒ其訴訟カ法律上及ヒ事實上理由アリト認メ得ラル、コトヲ證シタル場合ニ限ルモノトス(民訴第九一條乃至第一〇二條)

## 第一編 總則

前已ニ説明シタルカ如ク民事訴訟ノ目的タルヤ一定ノ公力ニ依リ私權ノ伸張若クハ回復ヲ計ルニ在テ存ス故ニ民事訴訟法モ亦其目的ヲ達スルニ必要ナル方法ヲ定メタルモノナルコト明ナリトス已ニ公力ヲ要スル以上ハ其公力即チ裁判所ナルモノハ私權ノ伸張若クハ回復ヲ計ル爲メ最も必要ナル機關ニシテ其作用ニ依リ始メテ民事訴訟ノ目的ヲ完ウスルコトヲ得ルモノナリ故ニ裁判所及ヒ當事者ハ所謂訴訟ノ主體ト云ハサル可カラス本編ニ於テハ先ツ其主體ナル裁判所次ニ當事者次ニ訴訟手續ニ關スル一般ノ規定ヲ説明セントス是レ即チ法定ノ順序ニ隨ヒタルモノニシテ諸君ノ講學上條文ト對照スルノ容易ナランコトヲ企望シタルニ外ナラス而シテ其節目ニ至リテハ多少法文ノ順序ト異ナル所アルモ大體ニ於テハ可成法定ノ順序ニ依ルモノナリ

## 第一章 裁判所

私權ノ伸張若クハ確認ヲ計ラント欲セハ勢ヒ公力ニ依ラサル可カラス然ラサレハ民事訴訟ニ於テ權利ノ伸張若クハ確認ヲ計ルモノト云フコトヲ得サルナ

リ公力トハ何ンヤ曰ク私權ノ保護ノ爲メ特ニ定リタル一國ノ機關ヲ云フ機關トハ何ンヤ裁判所即チ是ナリ

憲法第五十七條ヲ按スルニ曰ク「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」ト蓋シ立法司法行政司法ノ三權ハ天皇ノ大權ニ屬スルモノナリ然ルニ其大權ノ一部ナル司法權ハ憲法ヲ以テ特ニ裁判所ニ委任セラレタルモノナリ然レトモ裁判所ハ至尊ノ意思ニ依リ裁判權ヲ行フニ非スシテ法律ノ規定ヲ遵守シ單ニ至尊ノ御名ヲ以テ其代理權ヲ行フモノトス是ニ於テ乎一方ニ於テハ裁判官ノ獨立ヲ公示シ立法權若クハ行政權ト雖モ之ニ關與スルコトヲ許サハルノミナラズ憲法第五十八條ニ於テハ明ニ裁判官ハ刑法ノ宣告若クハ懲戒ノ處分ニ因ルニアラサレハ其職ヲ免セラルハコトナキコトヲ規定シ以テ裁判ノ公平ヲ維持スルコトヲ努メタリ加之憲法第二十四條ニハ日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルハコトナシト規定セ以テ私權ノ保護ヲ確實ナラシムルト同時ニ又裁判所ノ義務ヲ指示シタリ

依是觀之裁判ヲ爲ス所ノ公ノ機關ハ即チ裁判所ニレテ裁判所ハ裁判ヲ爲ス可

キ權利ヲ有スルノミナラス又其義務ヲ有スルモノナリ如此裁判所カ有スル所ノ權義ハ之ヲ稱シテ裁判權ト云フ

一國ニ於テ一ノ裁判所ヲシテ總テノ訴訟ニ對シ裁判權ヲ行ハシムルハ實際上到底行ハルヘキニ非ラサルナリ蓋シ訴訟事件ノ數タルヤ全國ヲ通算スルトキハ實ニ意外ノ數ニ達スルモノナリ故ニ其多數ノ事件ヲシテ一個ノ裁判所ニ屬セシメント欲セハ該裁判所ノ判事モ亦非常ノ多數ヲ要スルモノニシテ實際上到底行ハレ得ヘカラサルノミナラス私權ノ保護上ニ於テモ訴訟事件ノ種類ニ因リ之ヲ數多ノ裁判所ニ分屬セシムルノ必要ヲ生スルモノナリ

訴訟事件ノ種類ニ因リ之ヲ數多ノ裁判所ニ分屬セシムルノ目的タルヤ或ハ當事者ヲシテ容易ニ正確ノ裁判ヲ受ケシメ或ハ他ノ裁判所ヲシテ裁判ノ監督ヲ爲サシメ以テ過ナキヲ期スルニ在リトス而シテ當事者ヲシテ容易ニ正確ノ裁判ヲ受ケシムルニハ勢ヒ訴訟事件ノ性質ニ因リ裁判所ノ區別ヲ爲サハル可カラズ是ニ於テカ普通裁判所ト特別裁判所トノ區別ヲ生スルニ至レリ蓋シ特別裁判所トハ裁判所構成法ノ規定ニ依ラサル所ノモノヲ云フ彼ノ領事裁判所行

政裁判所及ヒ捕獲審檢所ノ如キ是ナリ普通裁判所トハ裁判所構成法ノ規定ニ依リ構成セラル、所ノモノニシテ右三個ノ裁判所ヲ除キ裁判所構成法ニ規定シアル所ノ裁判所ヲ云フ

又裁判ノ監督ヲ爲スノ必要ヨリシテ裁判所ノ審級ヲ分ツニ至レリ即チ第一審裁判所第二審裁判所及ヒ終審裁判所是ナリ第一審裁判所トハ區裁判所及ヒ地方裁判所ヲ云ヒ第二審裁判所トハ控訴院ヲ云フ但シ地方裁判所モ亦場合ニ依リ第二審ノ裁判ヲ爲スコトアリ終審裁判所トハ大審院ヲ云フ但シ控訴院モ亦場合ニ依リ終審裁判所ノ職務ヲ行フコトアリ

又訴訟事件ノ多數ナルカ爲メ同審級ニ於テ多數ノ裁判所ヲ設クルノ要ヲ生ス即チ全國ヲ數區ニ分チ其區分ニ一裁判所ヲ設ケ以テ其區分ニ生スル訴訟ヲ管轄セシム而シテ如何ナル場合ニ於テ如何ナル訴訟カ何レノ區分ノ裁判所ニ屬スヘキヤハ訴訟法ノ規定ニ依リテ之ヲ判定セサル可カラサルナリ

今ヤ裁判所構成法ノ規定ニ依リ普通裁判所構成ノ大略ヲ説明スルトキハ左ノ如シ

普通裁判所ハ之ヲ分チテ四種トス曰ク區裁判所曰ク地方裁判所曰ク控訴院曰ク大審院是ナリ

第一 區裁判所ハ單獨判事ヲ以テ裁判權ヲ行フモノトス(裁權第一一條故ニ一區裁判所ニ於テ數人ノ判事アル場合ニ於テモ裁判ヲ爲スニ付テハ常ニ一人ノ判事ニ於テ之ヲ爲ス)

又區裁判所ニ二人以上ノ判事アルトキハ司法大臣ハ其一人ヲ以テ監督判事ト爲シ之ニ區裁判所ノ行政事務ヲ委託ス(同上若シ一人ノ判事ナルトキハ行政事務モ亦其判事ニ於テ之ヲ行フモノトス但シ裁判事務ノ分配ニ付テハ毎年地方裁判所長ノ前以テ定ムル所ニ依ル)

第二 地方裁判所以上ノ裁判所ハ合議裁判所ニシテ各裁判所ニ一若クハ二以上ノ民事部ヲ置テ而シテ地方裁判所ニ於テハ三人ノ判事ヲ以テ組織シタル部ニ於テ裁判ヲ爲ス(裁權第三二條又其判事中一人ヲ裁判長トシ訊問ニ關スル手續ヲ指揮監督セシム)

地方裁判所ニ所長ヲ置キ裁判所ノ一般ノ事務ヲ指揮シ及ヒ其行政事務ヲ監督

セシム各部ニ部長ヲ置キ部ノ事務ヲ監督シ其分配ヲ定メシム(裁構第二〇條)  
裁判事務ノ分配ハ毎年所長ヲ會長トシ部長及ヒ部ノ一人ノ上席判事トノ會議  
ニ依リ前以テ各部ノ事務ヲ定ムルモノトス(裁構第二二條)

第三 控訴院モ亦合議裁判所ニシテ一若クハ二以上ノ部ヲ置ク而シテ公廷ニ  
於テ審問ヲ爲スニハ五人ノ判事ヲ以テ組織シタル部ニ於テ之ヲ爲ス(裁構第四  
〇條)

各控訴院ニ院長ヲ置ク院長ハ一般ノ事務ヲ指揮シ其分配ヲ定ム部ニ部長ヲ置  
ク部長ハ部ノ事務ヲ監督シ之カ分配ヲ定ム(裁構第三五條)

控訴院ニ於ケル裁判事務ノ分配ニ付テハ地方裁判所ノ裁判事務分配ニ關スル  
規定ヲ準用ス即チ毎年院長部長及ヒ部ノ一人ノ上席判事トノ會議ニ於テ各部  
ノ事務分配ヲ定ム

第四 大審院モ亦合議裁判所ニシテ一若クハ二以上ノ部ヲ置ク公廷ニ於テ訊  
問裁判スヘキ事項ハ七人ノ判事ヲ以テ組織シタル部ニ於テシ其中一人ヲ以テ  
裁判長ト爲シ訴訟審理ノ手續ヲ指揮監督セシム(裁構第五三條)

大審院ニ院長ヲ置キ各部ニ部長ヲ置クコト控訴院ニ同シ其職務ノ如キモ同一  
ナリトス

大審院ニ於テ裁判ヲ爲スニ當リ法律ノ點ニ付キ皆テ同院ニ於テ爲シタル判決  
ト相反スルノ意見アルトキハ大審院長ハ事件ノ性質ニ隨ヒ民事若クハ刑事ノ  
總部又ハ民事ノ總部ヲ聯合シテ再ヒ審問ノ上之カ裁判ヲ爲サシムルコトヲ  
得(裁構第四九條)此場合ニ於テハ必スシモ各部ノ總テノ判事ノ列席ヲ要スルニ  
アラスシテ聯合部ヲ組織スル判事ノ三分ノ二以上列席スルコトヲ要ス而シテ  
其中官等最モ高キ者ヲ以テ裁判長ト爲ス但シ大審院長ハ至當ト認ムル場合ニ  
於テハ總部ニ長タルノ權ヲ有ス

### 第一節 裁判所ノ管轄

前説明ノ如ク訴訟事件ノ種類及ヒ其數ノ點ニ關シ訴訟事件ヲ數多ノ裁判所ニ  
分屬セシムルノ要ヲ生シタルヲ以テ裁判所ハ其區別ニ從ヒ訴訟ノ辯論及ヒ裁  
判ヲ爲サシムル可カラス而シテ其區別ニ隨ヒ裁判ヲ爲スノ權ハ之ヲ管轄ト云フ  
即チ事件ノ生スル裁判所ノ裁判權ヲ云フ之ヲ要スルニ管轄トハ事件ノ區別ニ

隨ヒ辯論及ヒ裁判ヲ爲ス裁判所ノ能力及ヒ其義務ヲ云フモノナリ  
 右管轄ニ三種アリ法定ノ管轄裁判上ノ管轄及ヒ合意上ノ管轄是ナリ  
 法定ノ管轄トハ裁判所構成法及ヒ民事訴訟法ニ於テ規定シタル所ノ裁判管轄  
 ヲ云ヒ裁判上ノ管轄トハ裁判ヲ以テ定ムル所ノ裁判管轄ヲ云ヒ合意上ノ管轄  
 トハ當事者ノ契約ヲ以テ定ムル管轄ヲ云フ以下其區別ニ隨ヒ之ヲ説明スヘシ

### 第一款 法定ノ管轄

裁判ノ管轄ハ訴訟事件ノ種類及其件數ニ基クモノナリ而シテ其事件ノ種類ニ  
 基キ定メタル所ノ裁判所ノ管轄ハ之ヲ事物ノ管轄ト云フ之ニ反シ其件數ノ點  
 ニ基キ定メタル裁判所ノ管轄ハ之ヲ土地ノ管轄ト云フ事物ノ管轄ハ裁判所構  
 成法ノ定ムル所ニシテ土地ノ管轄ハ民事訴訟法ノ規定スル所ナリ今右二種ノ  
 管轄ヲ區別シ説明ヲ爲ス左ノ如シ

#### 第一則 事物ノ管轄

普通裁判所ノ事物ノ管轄ニ付テハ裁判所構成法ニ於テ之カ規定ヲ爲セリ同法  
 ノ規定ニ依レハ普通裁判所ハ私權ノ紛争ニ付キ裁判權ヲ有スル旨ヲ明規シテ

リ依是觀之普通裁判所ノ裁判權ハ第一私權ニ關スルモノナラサル可カラス若  
 シ其争ニシテ公權ニ關スルモノナルトキハ之ニ付キ普通裁判所ハ裁判權ヲ有  
 セサルナリ又其事件タルヤ私權ノ訴訟ナラサル可カラス故ニ行政事務ニ關ス  
 ルモノニ付テハ固ヨリ普通裁判所ノ關與ス可キモノニ在ラサルナリ但シ法律  
 上特ニ其管轄以外ノ事件ヲ以テ普通裁判所ノ管轄ニ屬セシムルコトハ立法上  
 固ヨリ爲シ得ヘキノ事項ナリトス又普通裁判所カ裁判權ヲ有スルニハ法律上  
 特別ノ規定ニ依テ他ノ機關ニ委任シタルモノナラサルコトヲ要ス蓋シ普通裁  
 判所ニ屬スヘキ訴訟ト雖モ之ヲ他ノ機關ニ委託シ得ルコトハ立法上敢テ疑ヲ  
 存ス可キニ非サルナリ故ニ立法上特別ノ規定ヲ以テ普通裁判所以外ニ委託シ  
 タル場合ハ普通裁判所ニ於テ裁判權ヲ有セサルコト勿論ナリ  
 普通裁判所ハ之ヲ分テ四トス區裁判所地方裁判所控訴院及ヒ大審院是ナリ  
 大審院ハ最上級裁判所ニシテ控訴院ノ直近上級裁判所ナリ又控訴院ハ地方裁  
 判所ノ直近上級裁判所ニシテ地方裁判所ハ區裁判所ヨリ見ルトキハ亦上級裁  
 判所ナリ

訴訟事件ノ第一審裁判所ハ地方裁判所ナルヲ原則ト爲ス只或ル場合ニ於テハ  
區裁判所ヲシテ第一審トシテ裁判權ヲ行ハシムルコトアリト雖モ是レ唯特別  
ノ場合ニシテ訴訟事件ノ階級ハ總テ三級ニ過キタルモノトス  
第一 第一審裁判所ノ職務タルヤ私權ノ争ニ付キ第一ニ裁判權ヲ行フニ在リ  
故ニ訴訟ヲ爲サントスルモノハ先テ第一審ノ裁判所ニ之ヲ提起セキモノナルモ原  
ス而シテ法律上例外ノ場合ニ於テハ區裁判所ニ之ヲ提起ス可キモノナルモ原  
則トシテハ地方裁判所ニ起訴スヘキモノナリ故ニ第一審裁判所トシテハ地方  
裁判所及ヒ區裁判所共ニ事件ニ付キ管轄ヲ有スト云フヘシ而シテ第二審第三  
審ノ各裁判所ハ裁判所構成法第三十八條ニ規定シタル例外ノ場合ヲ除キ第一審  
ノ裁判權ヲ有セサルモノトス  
第二 第二審及ヒ第三審ノ上級裁判所ノ職務ハ下級裁判所ノ裁判ヲ監督スル  
コト及ヒ必要ナル場合ニハ下級裁判所ノ與ヘタル裁判ヲ更正スルニ在リ故ニ  
訴訟手續ニ關レテハ下級裁判所ハ同一事件ニ付キ上級裁判所ノ意見ニ服従ス  
ヘキノ義務アリ然レトモ下級裁判所ト雖モ一個ノ獨立裁判所ナレハ假令上級

裁判所ノ意見ト雖モ常ニ必ラス其意見ニ隨ハサル可カラサル義務アルニアラ  
ス故ニ同一事件ニ非スシテ他ノ同種類ノ事件ニ付キテハ下級裁判所ハ必スシ  
モ上級裁判所ノ意見ニ隨ハサルヲ得ザルニアラス然レトモ上級裁判所ノ意見  
ハ下級裁判所ノ意見ニ優ルヘキモノナルコトハ法律上豫期スル所ニシテ又實  
際上然ラサル可カラサルナリ故ニ實際上假令同一事件ニ非ラスト雖モ同一種  
類ノ事件若クハ同一ノ場合ニ於テハ下級裁判所ハ上級裁判所ノ意見ニ隨フハ  
通例ニシテ又隨フ可キモノナリト云フヘシ若シ下級裁判所ニシテ同一ノ訴訟  
事件ニ非ラサル以上ハ上級裁判所ノ意見ヲ順ミルコトナシトセハ其結果下級  
裁判所ハ當事者ヲシテ妄リニ上訴ヲ爲サシムルニ至ルノミナラス之カ爲メ裁  
判ノ一致ヲ欠クノ結果ヲ生スルコトアルヘシ然レトモ前述ノ如ク下級裁判所  
ハ強テ同種類ノ事件ニ付キ上級裁判所ノ意見ニ隨フ可キノ義務ナキカ故ニ事  
情ニ依リ其意見ニ隨フコト能ハサル場合ニハ固ヨリ自己ノ意見ニ依リ裁判ス  
ルコトヲ得ヘキハ職務上當然ノコトナリトス依是觀之上級裁判所ノ職務ハ管  
ニ下級裁判所ノ裁判ヲ監督シ或ハ其裁判ノ誤リヲ正シ若クハ之ヲ變更スルコ



トノミナラスシテ裁判ノ一致ヲ計ルコトモ亦上級裁判所ノ職務ノ要部ヲ占ム  
ルモノナリト云ハサル可カラス其他上級裁判所ハ下級裁判所ノ裁判上ヨリ生  
スル問題ニ對シテ裁判權ヲ有ス例ヘハ判事ニ對スル忌避ノ申請若クハ裁判所  
ノ管轄ヲ定ムル申請ニ對スル裁判權ノ如キ是ナリ  
以上ハ裁判所ノ審級上ニ於ケル下級裁判所ト上級裁判所トノ管轄ニ付キ説明  
シタルモノニシテ以下各裁判所ニ付キ其管轄ニ關スル事物ノ如何ヲ説述スヘ  
シ  
大審院及ヒ控訴院ハ常ニ上級裁判所ナリ即チ控訴院ハ第二審裁判所ニシテ大  
審院ハ第三審ノ裁判所ナリ故ニ大審院ハ控訴院ノ爲シタル判決ニ對スル上告  
及ヒ控訴院ノ爲シタル決定又ハ命令ニ對スル抗告ニ付キ裁判權ヲ有ス(裁構第  
五〇條)然レトモ控訴院ハ區裁判所ノ判決ニ對シテハ第三審ノ資格ヲ有スルモ  
ノナリ故ニ控訴院ニ於テ第三審ノ資格ヲ以テ下シタル裁判ハ終審ノ裁判ナル  
ヲ以テ之ニ對シテ上訴スルコトヲ得ス從テ其判決ニ關シテハ大審院ノ監督ヲ  
受タルコトナキモノナリ

●附錄ニ就テ

本號初版ノ分ニ掲載セシ附錄ハ當時其必要アリシト雖モ再版ノ今日太々緊要ナラサルヲ以テ總テ之ヲ省ケリ讀者之ヲ諒セヨ

明治三十二年三月四日印刷

明治三十二年三月五日發行

明治三十二年八月三日再版

東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地

小田幹治郎

編輯兼發行所

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地

印刷者

金子鐵五郎

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地

印刷所

金子活版所

發行所  
司法省  
指定

和佛法律學校

所在(東京市麴町區富士見町六丁目十六番地)

電話(番町百七十四番)

明治廿二年十二月九日內務省許可